# 伊斯兰教法概略

吴云贵　著

*200132711*

89225

# 伊斯兰教法概略

吴云贵 著

中国社会科学出版社

（京）新登字030号

责任编辑：黄燕生
责任校对：刘叔涛
封面设计：谭国民
版式设计：王丹丹

伊斯兰教法概略
YISILANJIAOFAGAILUE

中国社会科学出版社出版发行
新华书店经销
太阳宫印刷厂印刷

787×1092毫米 32开本 11.25印张 2插页 243千字
1993年2月第1版 1993年2月第1次印刷
印数1—3 000册
ISBN 7-5004-1138-3/B·236 定价：5.60元

# ○ 前　言

伊斯兰教法是个有待深入研究的新课题。长期以来，因为种种的原因，这一领域未能引起我国学术界的重视。本书拟就此作一些初步的探索。为便于读者阅读此书，下面简要介绍一下伊斯兰教法的常识、本书的基本内容和编写本书的指导思想。

## （一）

传统上，一个穆斯林的日常生活在很大程度上受教义学（凯拉姆）和教法学（斐格海）的指导和约束。在伊斯兰教里，这二门传统学科犹如一对孪生兄弟，其基本宗旨都是为了规范信仰者个人与真主“安拉”之间的理想关系。当然，由于伊斯兰教所固有的政教合一性，其中不可避免地要涉及到人际关系以及个人与国家、社会之间的关系，但是这些关系总是毫无例外地以神人关系为基础，通过这一中介来加以体现和调整。

教义学与教法学尽管都以规范、调整信仰者与安拉的关系为主旨，二者又互有区别。教义学是教法学的理论基础，

教法学是教义学的外部体现；教义学偏重于思想信仰，教法学强调举止言行，即一个虔诚的穆斯林据以持身律己、为人处事的一整套行为准则。表示伊斯兰教所规定的这一整套宗教的、道德的、法律的义务制度的习惯用语，即"沙里亚"。"沙里亚"，阿拉伯文的原意为"通向水源之路"，泛指"行为"、"道路"，特指"真主指示之路"，后来被规定为伊斯兰教法的专称；进入法律文献期（伊斯兰纪元150—250年）以后，又称"沙里亚法典"。所以，伊斯兰教法，就其本来意义而言，并非由国家颁布的制约全体臣民的一部律法，而是以宗教名义规定的只适用于全体穆斯林的一部"教规"。

伊斯兰教法又称为神圣法律或启示法律。这是因为像所有古代东方国家的法律一样，法的本质和渊源被历代的宗教家和法学家们解释为神意，而伊斯兰教法的整个体系和结构皆为安拉所"降示"，全部立法皆为安拉所"安排"，法不过是安拉意志的体现形式罢了。按照10世纪形成的所谓古典伊斯兰教法学理论，教法是无始无终、永无谬误、亘古长存的；世人只有了解、遵循神圣指令的义务，没有怀疑、违抗神圣指令的权利。因而，在传统伊斯兰教里，不存在立法和修订法律的权利的问题。这种独特的教法学理论是建立在宗教学说的基础之上，而教义学在神人关系上总是力图把人置于一种愚昧无知、敬畏屈从的被动地位上。正统教义学认为，若没有神启的指引，世人非但不能知善恶、明是非，这样的道德是非观念亦不复存在；安拉之所以命人行善，并非某件行为本身性善；之所以止人作恶，也并非某件行为本身性恶。在这里，善恶是非皆取决于神意，这就是艾什尔里正统教义学

的法律观①。

自然，这么说并不意味着伊斯兰教法丝毫不尊重人的理性。事实上，正是因为人的理性活动才产生了所谓古典法学理论，从而赋予伊斯兰教法一定的活力。但是，理性的地位是非常有限的，理性思辨只能以神启为依据，不能超越神启规定的范围。由此引申出一对既有联系又有区别的传统法学概念：教法和教法学。教法，被解释为真主命令的总和，为法的基础，好比一株大树的“根柢”，而教法学则是了解神圣命令（主命）的学问，为法的体现，犹如这株大树上长出来的“枝叶”。而了解神圣指令的过程，即以人的理智来解释、推导、应用神圣启示的过程。这一过程，按照古典教法学理论的规定，通常可取四种方式。一是直接以《古兰经》里的“律例”为据；二是直接以“圣训”（穆罕默德生前的言行录）为据；三是在没有经训可依的情况下，则以类似的判例或先例为据，用类比判断的方法，得出结论；四是以权威教法学家的协商意见为核准法律推断是否有效的最后依据。以上四种了解法律的途径，即经典、圣训、类比、公议，也就是通常所说的伊斯兰教法的四个基本渊源。传统教法学只限于研究这四个法律“原理”，因此又称“法理学”（欧苏尔斐格海）。

任何一部神圣法律，同时又都是一部人定法律。伊斯兰教法亦无例外。理论上，法自安拉意志而出，实则是由中世纪的教法学家们所规定。由于教法学家们在解释法律时往往因人而异，因地而别，因而其法律学说纷繁驳杂，互不一

① 艾什尔里（873—935），中世纪伊斯兰教正统教义学家，伊斯兰教经院哲学创始人。

致。后来在逊尼派教法学家中间，形成四个最有影响的法学思想流派，即今天广为穆斯林所熟知的哈乃斐、马立克、沙斐仪和罕百勒教法学派。此外，十叶派和其它较小的宗派，也都有自己所遵循的教法学派和法律体系。历史上，哈乃斐派曾被阿巴斯王朝和奥斯曼帝国奉为官方教法学派，成为流传最广泛的一个教法学派。

一种法律制度的兴衰，归根结底取决于它对社会潮流的适应性，只有不断进行内部调整以满足社会发展的需要，法律才能保持其旺盛的生命力。然而，这种法学概念同伊斯兰教法是格格不入的。教法，实质上是以法的形式体现的关于建设纯洁的伊斯兰社会的理想方案，这一方案除在阿巴斯王朝初期一度得到短暂的实现外，从未完全付诸实施。其根本原因就在于，它是建立在脱离实际而又难以更易的宗教教条的基础之上的，然而时代在前进，社会在发展，人们的生活方式也在不断的变化。这种僵化性在法学思想上的集中表现，即统治数世纪之久的因袭传统观念（塔格里德）。按照这种法学观念，伊斯兰教法的全部体系、理论、学说，均已由早年才智卓绝的法律大师们一劳永逸地完成了，而后世的法学家们无需“创制”，只需遵循前人既定的学说、判例就够了。这种因循守旧的思想，后来导致“推理大门关闭”之说，从此教法学思想更加脱离实际，而法律的影响也日见衰微。

进入近代以后，随着社会自身的发展、变化，要求修改传统伊斯兰教法的呼声日益高涨。但在现代法制改革以前，法制的调整从未超出习惯调整的范围，即当社会习惯终于突破某项规定或禁令时，则由教法说明官（穆夫提）发表一项

正式的“法律见解”（法特瓦），予以确认，或由统治者通过行政立法，加以适当的调整。这需要经过漫长的过程。

19世纪下半叶以后，随着欧洲殖民主义的入侵，欧洲大陆法系和英国普通法系的外来法律制度逐步取得统治地位，对伊斯兰教法产生了很深的影响。结果，商法、刑法和民法中不属于属人法（婚姻、继承、瓦克夫制度等）领域的部分，不再适用伊斯兰教法，而以现代欧洲资产阶级的法律制度替代。之后，二次世界大战以后独立的伊斯兰国家，大多在社会改革中，对伊斯兰教法的核心部分即所谓属人法领域，采取了不同程度的改革和调整。今天除少数几个伊斯兰国家外，伊斯兰教法已不再是国家的基本法。但是，作为一种古老的传统习惯，伊斯兰教法在国家的立法中，特别是在广大穆斯林的日常生活中，仍有不容忽视的影响。

## （二）

法是建立在一定的生产方式基础之上的上层建筑，其性质由它赖以生存的社会经济基础所决定。恩格斯说：“每一个时代的社会经济结构形成现实的基础，每一个历史时期由法律设施和政治设施以及宗教的、哲学的和其他的观点所决定的上层建筑，归根到底是由这个基础来说明的。”① 一部法律必然与它赖以产生的社会经济基础相适应，它所反映的主要是取得国家政权的统治阶级的意志、愿望和要求。这是本书对法的本质属性的基本认识。

伊斯兰教法产生于原始公社制解体、统一的阶级国家形

① 《马克思恩格斯全集》第3卷第66页，人民出版社，1956年。

成之际，发展、完善于封建制度之下，因而不可避免地带有古代奴隶制和中世纪封建制国家法的某些共同特征。但是，由于早期阿拉伯伊斯兰社会所固有的某些特点，如没有形成高度发达的奴隶制和等级森严的宗法制度，封建化的过程急促、短暂等，加之教法的浓厚的宗教道德色彩，这些特征显得不很突出。这也说明，伊斯兰教法确实不同于一般意义的法，而有它独具的特色。

首先，前面已指出，伊斯兰教法是一部以《古兰经》和圣训为基础的神圣律法，显现出强烈的宗教学说的格调，可谓宗教、伦理、法律三位一体，交相呼应。最初的社会立法，实际上只是穆罕默德在创教和创建新国家的过程中以神启的形式提出的一些宗教学说和社会主张，它们长期未能从教义学中分离出来，直到9世纪人们才有意识地将教义学与教法学加以区别。尽管如此，教义学里仍包含教法学的某些内容，而教法学则以教义学为基础。所以，伊斯兰教五项基本功课（念、礼、课、斋、朝）不仅是教法的组成部分，而且作为遵法守礼最重要、最基本的要求，被列为中世纪伊斯兰教法律课本开宗明义的前五书。它们也都是“法”。由此可见，伊斯兰教法的根本宗旨是“劝善戒恶”，而其标准则是宗教伦理规则。所谓穆斯林包容一切的生活法典，指的就是这个意思。教法中所体现的宗教神学色彩，所包含的一部分反映原始公社制末期社会关系、源自古代部落习惯规范的内容，随着社会封建化进程的加快，逐步发生许多变化，但没有完全消失。因此，教法的社会基础不是单一的，而是主从的：以封建制为主要基础，兼有原始公社制的残留。

其次，伊斯兰教法是一部以“私法”为主、诸法一体的

综合法规。教法尽管涉及的范围极其广泛，但其主体部分仅限于私人关系的领域，主要包括婚姻、家庭、继承、刑法和瓦克夫制度，即与宗教学说关系更直接、更密切的部分。这部分法规因与广大穆斯林民众日常生活中的私事息息相关，因此一些学者又称教法为“私法”或“属人法”。至于公共关系领域，伊斯兰教法则很少过问，仅有一些远远脱离实际的宗教理想，如关于国家体制的哈里发学说等等。

伊斯兰教法因其先天性的一些缺陷，诸如体系庞杂，不同法律门类之间没有严格的区别；重宗教道德说教，轻司法实践；以及基本上不含公共关系的内容等等；这些局限性使之难以完全适应社会发展的需要。所以，历代的统治者不仅增补了大量公共关系的内容，诸如王权、财政、税法、刑法、战争法、非穆斯林臣民地位法等等，而且还亲自执掌法律，颁布政令，设置有别于沙里亚法院的世俗司法机构，以完善法制。因之，伊斯兰教法尽管在伊斯兰国家的历史上不失为最重要、最有影响的一项法律制度，但并非一部绝无仅有、排他适用的法律，而是经常以各地的习惯法、行政法和封建统治者的王权为补充。只是所有这些补充法规总是在名义上宣布为伊斯兰教法罢了。

最后，法律学说严重脱离实际，法律的解释和适用驳杂不一。伊斯兰教法的理论和实体是由中世纪时期，主要是由阿巴斯王朝前半期（750—945）一些著名的教法学家们所规定，法律表现为教法学家们在其著作里所阐述的学说和判例，以及后世教法学家们据此编著的法律课本。由于这些学说和判例是在解释经训的基础上构筑起来的，而注释者皆为虔诚的宗教贤哲，所以法律学说一旦形成即被看作不可更易

的“定制”。由于社会处在不断的发展变化之中，因而法律学说除在形成时期外，往往是与社会相脱节的。这一理论与实际相分离的现象，构成伊斯兰教法最根本的特征。例如，一方面宣称教法为承自安拉的天启法律，另一方面又承认教法学家有权解释法律；一方面宣称教法为一部无所不包的“法典”，另一方面又承认其局限性，容忍教法以外的世俗法的存在；一方面宣称教法的不谬性和不可更易性，另一面又不得不随着时间、地点、条件的变化加以适当的修改和调整，到了近代甚至被修改得面目全非了，如此等等。而且，即使是在伊斯兰教法的“黄金时代”，法律的解释和适用也极不统一。不仅各教派对法律的解释大相径庭，就是在逊尼派内部各法学派之间，乃至同一教法学派不同的法学家之间，对法律的解释也不尽相同。

当然，上述基本特征，有的或许并非伊斯兰教法所独具，只是为了便于理解所作的一般概括而已。

## （三）

同古老的伊斯兰教一样，伊斯兰教法学，即使从10世纪古典法学理论体系形成算起，也已走过了近千年的历程。但是，由于历史条件的限制，它的科学的研究起步较晚，带有规律性的探索至今鲜见，严肃的学术著作有如凤毛麟角。无可否认，中外东西方的专家学者们曾经在这一领域付出了艰辛的劳动，为后人留下了大量的资料和一部分有价值的研究成果，因而是值得尊敬的。否则，我们仍将在一片黑暗中摸索、徘徊。不过，前人的著作，由于种种的原因，总难免有

这样或那样的局限性。例如，有许多著作停留在注疏的水平上，尚未从传统的经训学中走出来，有些热衷于“回溯性”的研究，即把教法学在某个特定时期达到的最高水平说成“古已有之”；还有一种倾向是就法论法，不注重社会历史分析，因而常常有意无意地回避开法律产生的社会经济基础，以致法律成了无源之水、无本之木。这些倾向无助于科学的探讨，因而是应当避免的。

自然，人类的认识总是不断前进的，用神话解释历史的时代毕竟早已成为过去。自本世纪初，特别是战后几十年来，伊斯兰教法学的研究，不论在广度上还是在深度上，都已远远超过了过去。特别值得一提的是几位西方学者，如德国的夏赫、英国的库尔森和安德森等人的研究成果。他们在充分占有大量原始资料的基础上，用比较客观、公正的观点，对伊斯兰教法的起源、发展、演变的全部历史过程进行严肃认真的探索，这是非常难能可贵的。

现代的研究揭示，伊斯兰教法的实体是在古代阿拉伯的部落习惯和倭马亚王朝时期（661—750）的民俗习惯、行政法规和司法实践的基础上发展而成，其间经过宗教法学家们的整理、加工、改造、制作，大约经历了三个世纪之久，直到10世纪才臻于完善。而传统教法学关于四个法源的理论，即所谓古典法学理论并非“古已有之”，而是这一历史发展过程的结果。这一新的见解使人耳目一新，它冲破了千百年来的传统偏见和宗教迷雾，在伊斯兰法制史的研究上，堪称为一次“突破”。从此，法制史的研究才真正有了转机，被纳入历史科学的范畴。

## （四）

伊斯兰教法为教义学的核心内容，它的研究对了解伊斯兰教的本质和社会职能，从而全面、深入、系统地开展伊斯兰教学的研究，具有重要的意义。教法又是伊斯兰国家和世界上信奉伊斯兰教的各族人民历史文化传统和民俗习惯的一部分，至今仍有一定的影响。我国是个有着悠久历史文化传统的文明古国，我国人民同阿拉伯、伊斯兰国家的人民有着传统友谊，彼此间的文化交流源远流长。今天随着我国国际地位的不断提高，特别是随着对外开放政策的提出，我国国际交往日益增多，我国人民需要更多地了解外部世界，所有涉外学科都需要加强。这是历史和现实的要求。这样看来，教法学的研究决非可有可无，而是应当给予适当关注的一个领域。故此，编著这本小书也是抛砖引玉，但愿能有更多的学者投身于这一领域的开拓，写出更高水平的著作来。

教法学的研究涉及面很广，需要多学科的通力合作，才能写出真正有份量的著作。即使仅从宗教学角度开展研究，同样有诸多难以逾越的障碍。在这些困难面前，作者深感“心有余而力不足”。所以，只能采取实事求是的态度：自认为重要的或把握大些的，就放开手脚写；自认为不甚重要或不很明确的，就轻描淡写或暂时空缺着。这样，就不免带有一点“随意性”，也只好如此了。

本书包括三部分。第一编，试图用历史唯物主义的观点，说明伊斯兰教法的起源，时间上大致从公元7世纪初至10世纪伊斯兰教古典法学理论形成。第二编，以历史上影响

广泛的哈乃斐教法学派为主线，分门别类地介绍传统伊斯兰教法的基本内容，同时兼顾到十叶派和逊尼派其余三个法学派的法律学说。第三编，以19世纪下半叶为起始点，评述近现代伊斯兰教的法制改革、由此而引起的变化及战后出现的要求适当恢复传统法制的潮流。为增加知识性，书末附有五个附录，供读者查阅、参考。

# 目　录

DG73/31

前　言……（1）

## 第一编　伊斯兰教法的起源

第一章　《古兰经》与伊斯兰教法……（3）
（一）　伊斯兰教前的部落习惯——逊奈……（3）
（二）　穆罕默德的创教活动与《古兰经》立法……（7）
（三）　《古兰经》立法的特点……（15）

第二章　伊斯兰纪元1世纪的司法实践……（19）
（一）　麦地那哈里发时期的司法实践……（21）
（二）　倭马亚时期的司法实践……（27）
（三）　卡迪制度的建立……（31）

第三章　早期法学派与圣训派……（34）
（一）　早期法学派的形成……（34）
（二）　法律实体和法律技术的发展……（36）
1．意见、推理和类比判断……（37）
2．公议……（39）

3．逊奈……（40）
4．法学发展的两个共同倾向……（41）
（三）圣训派的产生和影响……（43）
1．圣训派的产生……（43）
2．圣训派与意见派……（45）
3．圣训派的影响……（46）

第四章 沙斐仪与伊斯兰教法学理论……（50）
（一）沙斐仪的生平与时代背景……（50）
（二）沙斐仪的法学理论体系……（53）
1．关于《古兰经》立法的理论……（53）
2．关于圣训立法的理论……（54）
3．关于公议的理论……（58）
4．关于类比判断的理论……（60）

第五章 古典法学理论的形成……（64）
（一）古典法学理论产生的历史背景……（64）
（二）圣训学的产生与古典法学理论
的形成……（68）
1．独立的圣训学的产生……（68）
2．古典法学理论的形成……（70）
（三）因袭传统观念的影响……（72）
（四）各法学派之间的共存共容……（74）

第六章 十叶派教法体系……（79）
（一）十叶派的伊玛目学说……（79）
1．栽德派……（82）

2．伊斯玛仪派……（83）
3．十二伊玛目派……（84）
（二）十叶派教法体系的形成……（86）
1．十叶派圣训的形成……（86）
2．十叶派教法学派的产生……（89）
（三）十叶派的乌里玛制度和效仿制度……（93）

## 第二编　实体法与法律程序

第七章　婚姻家庭关系……（99）
（一）婚姻的基本形式……（100）
1．有效的结合（沙希赫）……（100）
2．无效的结合（巴提尔）……（101）
3．不正常的结合（法希德）……（101）
4．构成无效婚姻的因素……（101）
5．构成不正常婚姻的因素……（103）
6．十叶派与逊尼派的基本区别……（106）
（二）婚姻的法律效力……（106）
1．关于合法的两性关系……（107）
2．妻子有义务服从丈夫……（107）
3．关于聘礼的规定……（108）
4．关于赡养义务的规定……（111）
5．关于财产所有权的规定……（111）
（三）离婚的有关规定……（112）
1．夫方的绝对休妻权……（112）
2．妻方终止婚姻关系的可能性……（115）
3．协议离婚……（116）
4．法院判决离婚……（117）

（四） 合法子女和监护关系……(119)
1. 孩子的合法身分……(120)
2. 父母对子女的监护权……(122)

第八章 继承法……(124)
（一） 遗嘱继承……(124)
1. 遗产的管理……(125)
2. 遗嘱的有关规定……(126)
3. 临终前的遗赠……(128)
（二） 法定继承……(129)
1. 逊尼派法定继承的基本原则……(129)
2. 继承人的等级……(130)
3. 排除原则……(131)
4. 份额继承人的权益……(132)
5. 父系继承人的权益……(137)
6. 远亲的权益……(140)
7. 十叶派的法定继承……(140)

第九章 瓦克夫法……(144)
（一） 赠与的基本形式和有关规定……(144)
1. 赠与的两种基本形式……(144)
2. 赠与的有关规定……(145)
3. 可分割和不可分割财产……(146)
（二） 瓦克夫的基本形式和有关规定……(147)
1. 瓦克夫的两种基本形式……(147)
2. 瓦克夫的有关规定……(149)
（三） 瓦克夫制度的起源……(152)

第十章　刑法……(160)
（一）　适用固定刑的反宗教道德罪……(161)
1．私通罪……(161)
2．诬陷私通罪……(162)
3．酗酒罪……(163)
4．偷盗罪……(163)
5．抢劫罪……(164)
6．叛教罪……(165)
（二）　适用同态复仇和赔偿血金的罪……(166)
1．适用同态复仇的罪……(166)
2．适用赔偿血金的罪……(167)
（三）适用酌定刑的罪……(169)

第十一章　商法……(171)
（一）　关于商业契约的基本规定……(171)
1．关于财产……(172)
2．关于契约条件……(173)
3．关于撤销条件……(174)
4．关于报酬物……(174)
5．关于立约人的资格……(174)
6．关于契约的终止……(174)
（二）　买卖契约……(175)
1．可出售之物……(175)
2．含混的交易……(175)
3．非法的契约……(176)
（三）　债务契约……(176)
（四）　担保契约……(177)

（五） 商业合法契约……(178)
1．有限合伙关系……(178)
2．代理合伙关系……(179)
3．独资合作契约……(179)
（六） 雇佣、租赁契约……(179)
1．租赁契约……(180)
2．雇佣契约……(180)

第十二章 法院与审判程序……(182)
（一） 历史上王权与神权的关系……(182)
（二） 各种形式的世俗法院……(185)
1．听诉法庭……(185)
2．警官法庭……(187)
3．检察官法庭……(188)
（三） 宗教法院与审判程序……(189)

第十三章 哈里发学说……(194)
（一） 正统哈里发学说……(194)
（二） 哈里发学说的首次异变……(196)
（三） 象征哈里发学说……(199)
（四） 专制主义的神圣化……(202)
（五） 哈里发—苏丹学说……(205)
（六） 奥斯曼帝国的哈里发学说……(208)

## 第三编 近现代法制改革

第十四章 商法、刑法和民法的改革……(213)

（一） 改革的历史背景……(214)
（二） 奥斯曼帝国的“坦志麦特”……(216)
（三） 中东地区的法制改革……(219)
（四） 北非的法制改革……(224)
（五） 印度次大陆的法制改革……(227)

第十五章 婚姻家庭法的改革……(230)
（一） 宗教法院与审判制度的改革……(230)
1．改组宗教法院……(231)
2．修改审判程序和证据规定……(233)
（二） 婚姻制度的改革……(237)
（三） 离婚制度的改革……(242)

第十六章 继承法的改革……(249)
（一） 改革的社会历史背景……(249)
（二） 主要改革措施……(251)
1．确认自由遗赠原则……(252)
2．维护女性直系亲属的权益……(252)
3．取消祖父的优先权……(253)
（三） 关于代位继承原则……(254)
（四） 关于妨碍继承权的几项条件……(256)

第十七章 瓦克夫制度的改革……(261)
（一） 改革的社会历史背景……(261)
（二） 调整瓦克夫制度的种种尝试……(264)
（三） 埃及《瓦克夫条例》的基本内容……(267)

1．瓦克夫的捐赠和有关条件……（267）
2．关于瓦克夫的时效……（267）
3．关于瓦克夫的撤销……（268）
4．关于瓦克夫期限的终止……（268）
5．维护直接继承人权益的有关规定……（269）
6．瓦克夫财产的管理和分割……（270）

第十八章　现代主义与法制改革……（271）
（一）　现代主义产生的历史背景……（271）
（二）　现代主义的基本思想特征……（275）
1．宣扬资产阶级文化决定论……（275）
2．调和宗教与科学……（276）
3．调和宗教与理性……（278）
4．以复古主义为形式……（281）
（三）　现代主义法学理论和方法……（283）
1．关于《古兰经》立法……（284）
2．关于圣训立法……（285）
3．关于类比判断……（285）
4．关于公议……（286）

第十九章　原教旨主义与复归传统……（290）
（一）　原教旨主义的历史渊源……（290）
（二）　近十年来原教旨主义的勃兴……（293）
（三）　原教旨主义与教法传统的复归……（297）

附录1　伊斯兰教法大事年表……（306）
附录2　哈乃斐法学派继承法一览表……（313）

附录3　伊斯兰教法内容提要……(315)
附录4　伊斯兰教法学术语中外文对照表……(322)
附录5　本书主要资料来源……(332)
后记……(335)

# 第 一 编

# 伊斯兰教法的起源

# 第一章

## 《古兰经》与伊斯兰教法

法产生于人类历史发展的一定阶段，是伴随着私有制、阶级和国家而产生的上层建筑的重要组成部分。在阶级社会中，任何一部法律实质上都是阶级矛盾不可调和的产物，为一定的物质生活条件所决定。因此，探索伊斯兰教法产生的历史根源，首先需要对伊斯兰教产生前的古代阿拉伯社会作全面的考察，这应当是我们的基本出发点。但是，由于缺乏同时代的史料，这件工作不能不受到很大的限制。目前研究者们多以阿拉伯语文中产生最早的一部宗教典籍——《古兰经》为基本资料来源。

### （一） 伊斯兰教前的部落习惯——逊奈

现代研究揭示，公元7世纪伊斯兰教产生之际，阿拉伯半岛的大部分地区正处在原始公社制濒临解体、阶级国家行将形成的历史转折时期。当时就大多数贝杜因游牧民而言，最基本的社会组织形式，仍然是由具有共同血缘关系的团体组成的氏族和由血缘相近的若干氏族组成的部落。每一部落

都有自己崇拜的主神，它是一个部落的精神象征，也是区别于另一部落的基本标志。氏族意识是维系部落社会的纽带，其核心即个人献身于部落并接受部落的庇护。部落受不成文的习惯规范的约束，而部落事务的最高决策机构是部落会议。显然，当时不可能有完善的法制，然而一切又都井然有序，因为部落习惯就是无形的法律。而习惯规范的根本特征就在于它不是靠强制，而是靠人们自觉遵守和舆论的力量来维持。部落习惯的确立或废止，是个漫长的自然而然的过程，取决于全体部落成员的意愿。部落习惯规范的基本观念是维护本部落的利益，而确保一个人生命财产安全的基本手段，则是血族复仇和部落庇护权。所以，一个人如果被驱逐出部落或脱离了部落的庇护，等待他的将是死亡的厄运，除非他能够通过收容入族（瓦利）的形式，被接纳为另一部落的成员。

由于生产力水平极端低下，广大贝杜因人在同自然界的斗争中感到无能为力。这使得生存斗争尤为艰难。部落间因争夺水源、牧场而引起的掠夺、仇杀连绵不断。因为生存的需要，部落间的冲突多诉诸武力，而部落内部的纠纷，则通过仲裁解决。仲裁人由争执双方自由聘请。交付仲裁的纠纷主要是财产纠纷和杀人、伤害等案件。这类纠纷，通常先由当事人双方私下了结。如果长时间得不到解决，则需求助于仲裁人（哈卡姆），即《古兰经》里后来提及的公正人①。诚实、公正、有威信，是对仲裁人的基本要求。仲裁带有神秘色彩，被解释为顺应“天意”，所以那些被想象为具有超自然魔法的占卜者（卡辛），往往成为最合适的人选。仲裁按照约定俗成的简单程序进行。争执双方一致同意选定的仲裁人和

① 《古兰经》4：35。

交付仲裁的问题以后，需以财产或人质为担保。仲裁人的裁决为最后的，不可改变的，但所取的方式仅限于根据以往的惯例，就争执点的是非曲直给予说明。这类说明，具有十分重要的意义，通常会成为部落习惯的权威解释，进而成为后世调解类似纠纷的重要依据。

如同世界上所有古老的民族一样，古代贝杜因人极为重视自己的传统习惯，因为这些习惯来自他们的生活经验，体现了全体氏族成员共同的意愿、利益和要求。因此，凡合乎习惯的，则是正确的和得体的；反之亦然。标准的习惯，古阿拉伯人称之为“逊奈”。仲裁人应用逊奈，又在实践中不断丰富、发展了逊奈，久而久之，逊奈就成为一个部落不容更易的习惯“判例法”了。

语言学的研究表明，一个概念的形成需要经过长时间的表象过程，它反映了认识客体的主体——人的认识活动。逊奈概念一定经过了长时间的抽象过程，才广为人们所接受，后来才成为伊斯兰教法最重要、最基本的法学概念。考察这一概念的缘起，探索它在各个不同时期的不同内涵，有助于我们认识伊斯兰教法产生、发展的历史沿革。

然而，人类历史的进程往往是不平衡的。如果说6、7世纪之间流行于贝杜因游牧民中间的部落习惯是我们所知当时最基本的社会规范，那么在以商业、手工业或农业为主的抽哋、麦地那那里，则呈现出另一种情形。

穆罕默德的出生地麦加，位于传统东西方商道上，因得益于过境贸易和掌管克尔白神廟的收入，到穆罕默德时代（570—632），早已发展为一座繁荣的商业城市，同南部的也门、拜占廷治下的叙利亚和萨珊王朝治下的伊拉克保持着定

期的商业往来。麦加社会发展的进程显然要领先于贝杜因游牧部落。事实上，当时的麦加在社会经济结构上已显现出一些不同于游牧部落的新特点。第一，在分散的二十几个氏族的基础上，已形成以古来氏望族为核心的部落联盟，部落会议为部落联盟会议所取代，产生了比较完备的行政管理机构，已责成专人负责部落议事、对外作战、赈济事务、圣泉管理、神庙掌管五项公共职务；第二，随着大量私有财产的产生，已呈现分化迹象。氏族之间不再是各自独立、互相平等的关系，产生了有权临近克尔白神庙居住的"内部古来西人"，和仅容许在外围居住的"外部古来西人"，并且形成了依附关系；第三，商业和手工业的发展进一步加剧了内部古来西人的分化，产生了以经商为主的商业贵族本尼·倭马亚人，和以执掌社会宗教事务为主的没落贵族本尼·哈希姆人。

此外，在麦加的商人中间似乎已经有了粗俗形式的商业习惯法。这可以从《古兰经》麦加篇章里已开始使用诸如吃利、放债、信托、盟约、公平交易等商业用语得到印证①。商业与手工业的发展改变了原始社会的传统社会分工，使人与人之间的经济关系发生了明显的变化，正在形成的新的经济关系要求通过社会立法固定下来。英国学者库尔森先生认为，在当时的麦加已经产生了不完善的司法制度，任命了正式的公共仲裁人以调解财产纠纷，另有一批公职人员，负责处理杀人、伤害等刑事案件，或实施血族复仇，或通过支付赎金取得和解②。而在以农业为主的麦地那绿洲，也早已产

① 《古兰经》30:39；70:32；17:35。

② 库尔森：《伊斯兰法律史》，爱丁堡，1964，第10页。

生了私有财产和私有观念，人们似乎已懂得一些土地租赁方面的知识。①

但是，在这两个定居生活中心，也像在贝杜因游牧部落里一样，占主导地位的社会规范，仍然是世代相袭的习惯规范；流行的法制观念，仍然是同部落习惯紧密相联的前人的先例；习惯规范的依据，仍然是能否得到以往惯例的确认和核准。

## （二）穆罕默德的创教活动与《古兰经》立法

上述部落社会的一般概况，必将随着伊斯兰教的产生而引起一系列重大而深远的变化。如我们所知，穆罕默德的创教活动之所以获得成功，归根结底是顺应了创建统一的阿拉伯民族国家的历史潮流。最初，他是以社会改革家的姿态出现于历史舞台的。为了实现统一，他求助于神明，以图创立一个超越氏族血缘关系的新宗教。为此，他宣扬认主独一，谴责多神崇拜。与此同时，穆罕默德又极为强调他作为受命于安拉的宗教使者的身分，尽管这种身分直到麦地那时期（622—632）才得到承认。因此，他早年在麦加传教时，当地的拜物教徒把他视为普通的占卜者（卡辛），他感到心情沮丧，难以容忍。穆罕默德拒绝占卜者的身分，也包含着对旧的仲裁习惯的拒绝。晚期麦地那篇章的一节经文（4：60），更严厉谴责那些“欲向恶魔起诉”的人。这里说的“恶魔”，

① 夏赫：《伊斯兰教法导论》，牛津，1964，第7页。

即旧的仲裁人。这反映了社会发展进程中新旧法律秩序的冲突。但是，这类谴责，经典里并不多见，因为穆罕默德还需要利用仲裁这种形式，他所摈弃的仅仅是与拜物教习俗相联系的旧的仲裁人。事实上，即使在麦地那神权政体建立以后，他仍然扮演着类似仲裁人的角色。《古兰经》（4：35）里就明文规定，可由公正人出面来排解家庭纠纷。这说明，伊斯兰教产生之后，仍然保留了建立在习惯规范基础之上的仲裁制度。区别在于，旧的仲裁制度仅适用于一个氏族，一个部落，而新的公正人制度则适用于全体穆斯林；前者的权力还掌握在巫师、祭司和占卜者的手里，而今这项职能渐为新的公正人所接替；前者执行的是旧的部落习惯规范，而后者执行的则是逐渐带有阶级内容的统一的宗教、社会伦理规范。自然，按照旧的习惯，仲裁人亦可拒绝仲裁，这一惯例也得到了经典的确认①。此外，除穆罕默德外，其他“主事人”（语出《古兰经》）同样有资格行使仲裁职能②。

但是，相比之下，穆罕默德在创建新国家的过程中，显然尤为重视宗教先知兼立法者的双重身份。因为要治理一个社会，首先需要统治者的权威，而这一双重身份在穆斯林社团中间的号召力，无疑要远远超过仲裁人。这种身份上的变化，以麦地那神权政体的建立为起点，逐步达到高峰。

公元622年穆罕默德迁居麦地那之时，他还只是一名调解部落之间纠纷的仲裁人。但是后来随着军事斗争的胜利和穆斯林社团的壮大，其威望与日俱增，终于被尊奉为伊斯兰教先知，成为系立法、司法、军事、行政大权于一身的穆斯

① 《古兰经》5：42；24：48—51。
② 《古兰经》4：59。

林新国家的缔造者。

麦地那神权政体的诞生，在阿拉伯社会发展史上是个划时代的历史事件。就社会性质而言，它标志着忠于氏族、部落的狭隘观念逐步为“穆斯林皆为兄弟”这种共有的宗教意识所代替，以共同的血缘关系为纽带的原始公社制社会，开始向着以共同的信仰为基础，以独立的个体家庭为基本单位的阶级社会急剧转变。社会性质的突变，对于正在形成的新社会里人与人之间、人与社会之间的关系，必将带来意义深远的影响。对此，穆罕默德本人显然没有充分的思想准备，这种不断深化的认识过程在经书中留下了清晰可辨的痕迹。

我们知道，《古兰经》是穆罕默德在23年布道和社会活动过程中，以“安拉”之名陆续“降示”的一部宗教典籍。经中的社会立法，它所提出的一系列的“定制”、“法度”、“训示”、“禁令”和“规定”，对于世世代代以来只知因袭传统习惯而毫无法制观念的贝杜因游牧民，可谓破天荒的“创新”。一般而言，穆罕默德作为一位宗教使者，其最初的使命是引领世人“坚守正道”、“谨守拜功”，以最后通过“末日审判”，达到“至福的乐园”。所以，实在没有必要废止自古以来的习惯，代之以全新的社会立法。只要伊斯兰教的伦理准则能够为世人所接受并在实践中不断得到遵守，也就不必制定、颁布社会立法了。这就是穆罕默德最初的想法。其根据是：首先，麦加时期，穆斯林人数甚少，屡遭迫害，迭受摧残，尚未形成一支社会力量，当然更谈不上颁布社会立法。所以，反映穆罕默德早期活动的“麦加篇章”，大多是关于伊斯兰教基本信仰的泛泛道德说教。其次，这种以宗教道德规范代替社会立法的意向，在经书中留下了明显的痕迹。

例如，经中反复强调宽恕的美德，使用了诸如“至容”、“恕人”、“容忍”、“饶恕”、“赦宥”、“原谅”等各种意义相近的字眼①，中心意思不外是规劝世人不要追究法律责任，不要图谋报复，而应“以德报怨”，因为真主是“至赦的”，“至慈的”。

但是，这种以宗教伦理道德来代替社会立法的思想，为后来历史事件的急剧发展所改变。随着麦地那神权政体的建立，广大穆斯林有了自己的国家，社会生活也日趋复杂化，因而产生了社会立法的需要与可能，以致穆罕默德终于不得不把宗教伦理道德与社会立法加以适当的区别。这种新的社会需要反映在经书里，则是一系列关于加强法制的训谕。例如，“要秉公执法”，“秉公判决”，“不要接受贿赂”，“不要隐讳证据”，“要秉公作证”等等②。

以上两种不同提法，反映了穆罕默德对社会立法问题的认识过程，为我们考察伊斯兰教法的起源及其与古代阿拉伯部落习惯的历史沿革，提供了一条重要线索。但是，二者之间究竟是一种什么样的关系呢？

这一问题，目前只能靠对《古兰经》的分析、研究来加以说明。国外学者大都从考察《古兰经》立法与古代阿拉伯部落习惯的关系来说明伊斯兰教法的起源。大致说来，表现为废止、修改和补充三种不同情况。

先说废止。《古兰经》第33章37节说：“当宰德离绝她的时候，我以她为你的妻子，以免信士们为他们的义子所离

① 《古兰经》2：263；3：134；4：149；14：126；24：22；42：37；40，43。

② 《古兰经》4：58；5：42；2：188，283；4：135；5：8。

绝的妻子而感觉烦难。”当我们偶然读到这节经文时，不禁会有突如其来之感，以致完全不知所云。这节经文启示的背景是这样的：

宰德原属麦加附近的卡尔伯部落，幼年时不幸被一伙强人劫持，后来穆罕默德为他赎身，收为义子，立为合法子嗣，数年以后为他娶妻成家。后因某种原因，宰德与妻子离异，而穆罕默德欲收其为妻，又有些迟疑不决，因为按照当时的习俗，收养关系也包括在父系家族的亲属关系之内，因而娶养子的前妻为妻属于近亲通婚，不合于当时的道德规范。故此降示这节经文，以奉行“真主之命”的名义，废止了旧的收养入族习俗，宣布养父与养子不再保有父子关系①。同章第4节和第40节经文，就此作了更明确的说明。

但是，大量的还是对旧的部落习惯的修改和补充。这方面最引人注目的例子，首先是关于妇女的社会地位问题。妇女主题，《古兰经》里论述颇多②，内容广泛，基调是适当改善女子卑微的社会地位，体现了对父权制氏族社会习俗的大胆革新。

妇女问题，首当其冲的是正在形成的婚姻家庭关系问题。关于婚姻问题，《古兰经》首次明文规定，在缔结婚姻时，新郎必须以一定数量的聘礼（马赫尔）赠予妻子③。当然，在伊斯兰教前的部落社会之下，妻子偶尔也能收到聘礼，但是按照当时的流行习俗，聘礼实质上是向女子的父亲支付女子的身价。这项改革使女子从买卖的对象变成婚姻契约中的一方，从而取得了一点象征性的经济权益。这对于提

① 参见乔治·塞尔：英译本《古兰经》，伦敦，1877，第413页脚注。
② 主要集中于第4章和第2章。
③ 《古兰经》4：4。

高妇女在新的家庭和社会关系中的地位，是有积极意义的。

在离婚法规方面，《古兰经》首次提出了“待婚期”（伊达）的概念。所谓待婚期，不过是一种缓冲手段，即把休妻生效的时间向后推迟一段时间，通常推迟到妻子三次经期之后或四个月零十天，以便为丈夫回心转意、同妻子重归于好留有一次最后的机会①。在待婚期间，丈夫有义务赡养并善意挽留妻子，承认和扶养其间出生的孩子。这项规定对巩固当时尚未牢固形成的婚姻家庭关系，同样有积极的意义。伊斯兰教前的“蒙昧时期”，家庭关系尚处在朦胧状态，男女间的结合不是以独占同居为前提，男子可以随时离开妻子与另一女子结合，结果被遗弃的孤儿寡母无家可归，生活没有着落。夫方这种随意“休妻权”（塔拉格）是父权制氏族社会末期的产物，它同男子在当时的社会经济关系中的支配地位直接相关，而女子这种具有“世界历史意义的失败”，则是男子独裁制的“必然结果”。②而“待婚期”的规定，正是为了缓和这种紧张的婚姻家庭关系。

与此相联系，《古兰经》立法还就男子可随意与多个女子短期结合的权利，施加了一定的限制，规定丈夫要公正无私地对待所有妻子，纳妻以四房为③限。这一规定，后来通常被解释为对一夫多妻制的限制。但是，就当时的物质生活条件而论，一个男子很难同时赡养几房妻子，因而一夫多妻不大可能是通例。诚如恩格斯所言，“在闪族人的家长制家庭

① 《古兰经》2：221—241。

② 参见恩格斯：《家庭、私有制和国家的起源》，《马克思恩格斯选集》第4卷第52页。

③ 《古兰经》4：3。

中，只有家长本人，至多还有他的几个儿子，过着多妻的生活，其余的人都以一夫一妻为满足"。① 因此，这节经文的真正用意，与其说是为了限制古代阿拉伯历史上并非普遍存在的一夫多妻制，不如说是为了调整、改变伊斯兰教前一度流行的对偶制婚姻家庭形式。

此外，《古兰经》立法还一反以往的旧习俗，限制和禁止近亲通婚②，废除了拜物教时期的寡妇内嫁制③，准许亡人的遗孀自由改嫁。这些改革措施使妇女在刚刚形成的家庭关系中的地位有了一些改善，有利于社会的稳定和发展。

当然，由于历史条件的限制，《古兰经》里关于妇女问题的一系列立法，没有、也不可能彻底废除父权制社会全部宗法关系，代之以新型的婚姻家庭关系，只不过是在部落习俗的基础上，根据社会现实的需要，作了适当的调整。显然，婚姻仍未脱离不平等的买卖关系，夫方的特权并未动摇，妻子仍然是丈夫"随意耕种的田地"④，因为"男人比女人更优越"⑤，"男人的权利比女人高一级"。⑥

更有说服力的例子是遗产继承问题。伊斯兰教前的父权制社会实行部落继承制，其目的在于加强部落的自卫力量。这就要求避免财产外流，所以当时只承认有共同血缘关系的人为部落成员，以父亲来确定世系，而女子和未成年者没有

① 恩格斯：前引书第56页。
② 《古兰经》 4：23。
③ 《古兰经》 2：234，240。
④ 《古兰经》 2：223。
⑤ 《古兰经》 4：34。
⑥ 《古兰经》 2：228。

继承权。按照部落继承的惯例，唯有亡人的父系男性至亲有权继承遗产。习惯确认的五类继承人是：（1）儿子；（2）父亲；（3）兄弟及其男性后代；（4）祖父；（5）叔伯父及其男性后代。继承带有排他性，前一亲等的继承人有权排除后一亲等的继承人。后来随着私有财产的增加，特别是由于大批男子死于战场，留下大量遗产急待处理，因而不得不打破部落继承的惯例，采取一些必要的调整。

在继承问题上，《古兰经》立法的一项重大革新是首次确认了部分女性亲属的继承权。经典里最早触及这个问题，是一项带有伦理准则性质的训令，责成亡人生前要为双亲和至亲而"秉公遗嘱"①，作为人人不得违反的"定制"。以此为基础，《古兰经》立法后来又就法定继承作了一系列具体的规定②。主要是：（1）男女都有权继承遗产，各得其"法定"即经典里所规定的部分；（2）增补了九类法定继承人，其中六类是女子，即妻子、母亲、女儿、同胞姐妹、异母姐妹和异父姐妹；（3）规定了在各种不同情况下，各人应得的份额。至于男性亲属的继承权，经典里虽未明确加以规定，但它提出了一项基本原则：同一级第的男子有权得两个女子的份额。③显然，《古兰经》里提出的遗产分配方案无意要废除父系制氏族社会下的全部财产关系，而是在保留父系男性亲属继承制的前提下，加以适当的修改和调整，插入了一个从前没有继承权的新等级——女性亲属，表现出明显的妥协色彩。

① 《古兰经》2：180。
② 《古兰经》4：7—14，176。
③ 《古兰经》4：11，176。

《古兰经》立法另一值得注意的领域是刑法。就此经典里提出了两类性质不同的法律规范。一是对杀人和伤害罪，《古兰经》主张以同态复仇（基沙斯）来代替伊斯兰教前的血族复仇①。这一规定同样是在修改、补充部落习惯规范的基础上提出来的，皆在限制血族复仇，增强部落间的团结。与此同时，明确区别过失杀人与故意杀人。过失杀人不适用同态复仇，视情节不同，可以释放奴隶、把斋等善行或支付血金的方式，求得和解②。这些规定显然前进了一大步，但仍保留了部落习惯规范的基本特征：杀人和伤害仍被视为一般民事犯罪，而不属于刑事犯罪，唯有被害者本人或亲族有权要求复仇、赔偿血金或给予宽恕。另一类法律规范是“固定刑”（胡杜德），即以真主之名，对私通、诬陷私通、饮酒、偷盗、抢劫、叛教六种违反宗教道德的不赦之罪规定的刑罚③。

此外，《古兰经》立法还涉及宗教礼仪、民事关系、商业交易、国家体制、国际关系、证人资格、法律程序、审判制度等内容，这里不再赘述。

## （三）《古兰经》立法的特点

《古兰经》立法是穆罕默德在创教和创建统一的阿拉伯民族国家的过程中，以真主名义提出来的一系列宗教、道德、法律规范和规定的复合体，构成新生的麦地那神权政体

① 《古兰经》2：178；5：45。
② 《古兰经》4：92。
③ 详见本书第9章。

上层建筑的主体。因此，我们不妨将它视为穆罕默德本人生前立法、司法实践的记录。至于这些记录是否都那么完整、翔实、可信，可另当别论。如果我们对此没有异议，则可引申出以下结论。

首先，《古兰经》作为一部宗教典籍，其根本宗旨是为了规范穆斯林信仰者个人与真主之间的理想关系。这就决定了它的立法同宗教神学有着极为密切的亲缘关系，基调是宗教伦理性质的，因而不同于一般的社会立法。立法的出发点，从根本上说，不是要回答合法或非法，而是以宗教道德为尺度，规定善恶、是非、美丑的标准。所以，我们不应从现代法学观点去理解、比附和评价《古兰经》立法，而应尊重其固有的特点。

立法的出发点既然是引导信众敬畏安拉，虔诚事主，判定个人行为的准则自然是能否博取真主的"悦纳"。正是从这一道德约束出发，《古兰经》试图把世人的全部行为区分为五类规范：（1）义务性的行为（履行者受奖，违反者当罚）；（2）可嘉的行为（遵守者受奖，违者不受罚）；（3）无关重要的行为；（4）受谴责但不受罚的行为；（5）禁止和受罚的行为。但是，哪种行为归于哪一类，经典里并未提出明确不变的标准，也未作出详尽的规定。这就为后世各种不同的解释留有广阔的余地，以致法律始终不能一律。

一部法律总是带有强制性，而《古兰经》立法则强调"劝善戒恶"，很少规定刑罚。如果说违法者应受制裁，那么这种惩罚大多诉诸于"道德法庭"，而被推迟到虚无漂渺的"末日审判"里去了。例如，侵吞孤儿财产者将入在烈火之

中①；吃重利而不悔改者将永居火狱②，亵渎真主降示的经典而以廉价出卖它的人，真主在复活日既不理睬他，又不赦免他的罪恶③，等等。

中央社会主义学院
图书馆
藏书

其次，如果我们一定要把法律规范与宗教伦理规范加以区别，就会发现上述五种行为规范中，只有义务性的行为和禁止和受罚的行为可以归类于法律规范，因而具有立法性质的经文在经中所占比例较小。据库尔森统计，广义立法性的经文约占十分之一，而狭义立法的经文仅80节左右④。可见，《古兰经》不是一部包罗万象的法典，它没有系统地论述全部法律关系，而是就事论事，随时解决现实生活中遇到的问题。这一特点是由《古兰经》降示时的社会历史背景所决定。然而，由于现实中遇到的问题非常广泛，从而使《古兰经》立法带有诸法一体、门类庞杂而又很不系统、很不完善的特点。这一特点，深深地影响了后来在此基础上形成的伊斯兰教法。

当然，上面提及的法律规范与宗教伦理规范的区别，仅仅是出于研究的方便，实则难以分开。而且，既然宗教伦理规范同样来自真主的核准，可以相信，它们在早年穆斯林的日常生活中是有约束力的，故兼有法律的效力。否则，教法也就不成其为教法了。

最后，《古兰经》立法大部分是在麦地那时期"降示"的，当时麦地那神权政体刚刚诞生，各项制度很不完善，社会关系较为单纯，统治者与被统治者之间也比较平等。所

① 《古兰经》4：10。
② 《古兰经》2：275。
③ 《古兰经》2：174。
④ 库尔森：《伊斯兰法律史》第12页

以，立法中仍然保留了许多原始公社制末期的习惯规范，除在婚姻家庭关系、遗产继承和刑法领域有一些明显的修改、补充而外，绝大部分仍然是旧的习惯规范在新的历史条件下的延续。《古兰经》立法提出了一些基本原则，相当于一部法律的“总纲”，而它的“细则”，尚有待于后世去制定。

总之，《古兰经》立法虽因历史条件所限，不能不带有种种局限性，但是其影响还是相当广泛而深远的。它的最突出的影响是神圣立法，即法自主命而出的思想。世世代代以来，《古兰经》不仅是广大穆斯林民众持身律己的最根本的一部经典，而且是法律和秩序的象征，要求国家、社会和个人无条件地予以服从。它所提出的宗教道德法律规范，经过后世的扩展和增补，成为伊斯兰教法最基本的渊源。法的神圣性、永久性和不谬性，法学发展过程中出现的因袭传统观念、理性火花的止熄，无不与此有着直接的关系。

# ○ 第二章

## 伊斯兰纪元1世纪的司法实践

自公元622年麦地那神权政体创立，到公元750年倭马亚王朝灭亡，在这短暂的一百余年间，伊斯兰教经历了前所未有的巨大变化。随着四代哈里发时期和倭马亚时期两次大规模的对外扩张，伊斯兰教的势力开始超越阿拉伯半岛本土的范围。到8世纪中叶，终于形成一个东起印度洋，西临大西洋，横跨亚、非、欧三洲的阿拉伯军事大帝国。

领土的扩充，为阿拉伯统治者带来了极为复杂的行政管理问题。穆罕默德时代，伊斯兰教的信仰者仅限于阿拉伯人，社会关系较为单纯，麦地那的神权政体既是穆斯林社团，又是新生的伊斯兰国家的雏形，而伊斯兰教和《古兰经》立法，则是国家的上层建筑。而今在阿拉伯哈里发帝国统治之下的，既有文明发展较早，具有不同的社会历史传统、文化渊源和宗教信仰的原拜占廷和波斯治下的各族人民，又有刚刚脱离原始公社制的阿拉伯半岛的游牧民族和仍处在原始公社制末期的北非柏柏尔人。如何治理这一幅员广阔的大帝国，处理好不同民族间的关系以巩固帝国的统治，成为国家行政立法急待解决的新课题。

其间，社会性质也在发生着急剧的变化。自三世哈里发

奥斯曼当政时期（644—656），国家政权即开始显现出贵族专政的性质，到倭马亚统治时期，更形成一个形态比较完备的阶级国家。阶级对立和阶级压迫的出现①，不仅加剧了统治者与被统治者，征服民族与被征服民族之间的矛盾，也使统治集团内部的矛盾日趋尖锐。争夺哈里发权柄的斗争，终于导致穆斯林之间连续不断的内战②，在统一的穆斯林社团内部产生了形形色色的教派运动和宗教思想运动，出现了与逊尼派分庭抗礼的十叶党人和带有分离主义倾向、素以“军事民主派”著称的哈瓦利吉派，爆发了一系列的起义和暴动。这些急剧变幻着的社会历史背景，错综复杂的阶级、民族关系，必然要对伊斯兰纪元1世纪法律发展的方向产生重大而深远的影响，使之带上一些不同于穆罕默德时代的新的特征。

本章讨论的时间下限截止于公元720年。这一历史分期是根据伊斯兰法制史自身的发展过程所确定的，因为教法的实体是在720年以后形成的，此前仅有司法实践，没有形成完整的法律体系，故宜将这两个性质不同的阶段分开讨论。

在进入本题之前，首先需要就早期法制史的一大争议表明见解。如前所述，穆罕默德时代，《古兰经》实际上是唯一的法规，而穆罕默德则是权威的仲裁人。后来人们出于对宗教使者的尊崇，将大量判例归诸于穆罕默德本人，这些经典以外的补充立法，成为早期法制史上争论不休的话题。所谓补充立法，即后来所说的圣训立法。其中多为后世所假托，但

① 倭马亚时期形成了四个社会等级，即阿拉伯贵族、马瓦利人、信奉异教的迪米人和奴隶。

② 公元656年的骆驼之战和次年的随芬之战都是为争夺哈里发王位而展开的内战。

不能否认有些可能确属穆罕默德本人的立法、司法实践。例如，关于遗产继承问题，《古兰经》里虽有不少的规定，但它没有说明法定继承与遗嘱继承的关系，而这类问题在日常生活中显然是不可回避的。所以，据说穆罕默德后来又作了三点原则规定。其一，《古兰经》里规定的份额继承人同旧的父系继承人共同继承遗产时，首先满足前者的份额，而后者仅有权继承析产后的"余产"。其二，遗嘱处分遗产不得超过一个人全部净资产的2／3。其三，亡人生前要秉公遗嘱。圣训中的上述规定，完全符合《古兰经》立法的精神，因而是可信的，可以视为穆罕默德本人的言论。这些实际上是《古兰经》立法原则的延伸，从中可以窥见到较为系统的法律结构之一斑。然而，由于种种原因，伊斯兰教法后来没有沿着判例法的方向发展，而仅仅满足于就事论事。因此，穆罕默德时代，司法实践未超出《古兰经》立法的范围。

## （一）麦地那哈里发时期的司法实践

穆罕默德去世后，相继由他的四个继承人执掌国家权力，史称麦地那哈里发时期。其间面临的最紧迫的问题是巩固新生的伊斯兰政权问题，而在民事方面，则是随着社会关系日趋复杂化而产生的大量的日常民事纠纷，特别是遗产纠纷问题。这两方面都要求加强法制，这涉及哈里发的立法权问题。

我们知道，穆罕默德生前既是宗教领袖，又是民众领袖。这种系政权、神权于一身的特殊身份，为他的后继者们带来了一定的困难。首任哈里发艾卜·伯克尔就任时采取了

"安拉的使者的哈里发"尊号，说明他只继承了政权，而没有传达启示的神权。既然法律的唯一渊源来自主命，那么随着传达启示的"封印使者"的亡故，继续创制和修订法律的可能性，至少在理论上是被一笔勾销了。不过，在当时的历史条件下，要说服民众接受哈里发的统治权威，也许并非一件难事。这是因为第一，早期的穆斯林没有明确的法制观念，他们所熟悉的唯一法律观念即习惯（逊奈），既然他们过去拥戴先知穆罕默德，而今服从他的继承人（哈里发），也是合乎情理的；第二，习惯固然很重要，但同样是来自社会实践。事实上继承问题从未有过先例。所以首任哈里发继位时，遵循的并非部落继承惯例，而是部落联席会议协商辩论的结果①。此外，如果一定要寻找根据，也并非一桩难事，经典里就一再号召穆斯林要服从自己的民众领袖②。实际上，首任哈里发艾卜·伯克尔（632—634）正是以民众领袖的身分发表他的就职演说的③。所以，早期的哈里发们实质上都是以立法者和执法者的双重身份施政的。但是，种种迹象表明，哈里发们的执法活动仅限于在私法领域里解释、补充和实施《古兰经》立法，而立法活动主要是在公法领域里制定、颁布必要的行政法规。让我们分别加以说明。

在私法领域，哈里发的司法实践仍以处理遗产纠纷为主。如前所述，《古兰经》提出的遗产分配方案，其突出特点在于首次确认了父系至亲以外的部分女性亲属的继承权，但是旧的父系继承制并未明确宣布废止，因而仍有很深的影

① 参见伯纳·路易：《伊斯兰教——从先知穆罕默德到攻占君士坦丁堡》，伦敦，1974，第2—5页。

② 《古兰经》4：59。

③ 参见伯纳·路易：前引书第6页。

响。因法制不健全或对经典里的有关规定的不同理解而引起的遗产纠纷，肯定不是个别现象。这方面留下不少传说。例如，哈里发阿里裁决的“清真寺案”①，哈里发欧麦尔裁决的“祖母外祖母遗产纠纷案”②，但是最典型的当推“驴案”。此案发生在欧麦尔当政时期（634—644）。亡人遗有丈夫、母亲、两个同胞兄弟和两个异父兄弟。欧麦尔根据先满足《古兰经》规定的份额继承人的原则，判定丈夫得遗产的1／2，母亲得1/6，异父兄弟各1/3，这样就把全部遗产分割完了。未分得遗产的两个同胞兄弟不服，要求重判。由于丈夫和母亲两个基本继承人的地位没有争议，此案实质上是按照部落习惯还是按照《古兰经》的规定来处理余下的1/3遗产的问题。欧麦尔的判决坚持了《古兰经》立法的原则，但是两兄弟的申辩同样不无道理，因为他们与亡人也是同母，同样有资格以份额继承人的身份继承遗产。后来欧麦尔改判四兄弟均分余产，才了结了这场官司。此案得名于两个同胞兄弟的申辩，因为他们在辩论中曾提出，他们宁愿仅以母方亲属的身份继承遗产，姑且不考虑父亲的身分，权当他是头驴吧，故称“驴案”。

此案反映了社会性质转变过程中新旧法律制度的冲突。从哈里发虚心听取当事人的意见并修改自己的判决可以推断，解释法律在当时并非哈里发的专权，任何虔诚者都可以

① 一次阿里在清真寺里讲道，有人问道：“如果亡人遗有二女（应得2/3）、一父（1/6）、一母（1/6），亡人之妻应分多少遗产？”阿里答道：“妻子的份额由1/8减为1/9，其他继承人也按此比例削减”。

② 一位亡人遗有祖母和外祖母。欧麦尔最初将全部遗产判归外祖母，理由是经典里虽未规定外祖母的份额，但唯有外祖母有权以亡人之母的身分代位继承。后来当事人提出异议，欧麦尔改判两人均分遗产。

自由解释法律，当事人亦可提出异议。这说明，当时的司法实践仍带有浓厚的仲裁色彩。哈里发作为宗教先知的合法继承人，理所当然地会被看作最合适的仲裁人，但这并不排斥其他人行使仲裁职能。例如，据说穆罕默德的书记官宰德就经常协助解决遗产分割过程中复杂的计算问题。这种裁判制度实质上是古代仲裁惯例在新的历史条件下的继续。自然，旧的仲裁人正逐步为伊斯兰教的仲裁人所代替，并逐步接受《古兰经》里提出的法律规范。

但是，在公共关系领域，哈里发身为国家首脑，无疑拥有立法、司法、行政的至上权威，这些权力是不容旁落的。不过，这类立法多为行政立法或政令。例如，为了充实国库，公元641年欧麦尔决定，此后不再把新征服的土地无偿地分配给出征的将士，而转归国家所有，由国家统一出租。这实际上是财政法领域里的行政立法。又如，为了维护在对外战争中形成的新的阿拉伯军事贵族阶层的利益，欧麦尔建立了一个称为“迪旺”的财政机构，负责向注册在籍的士兵和阵亡将士的遗属分发俸禄和实物津贴。财政部门根据一个人信奉伊斯兰教的时间和参加重大战役的次数（即军功和资历）将受益人划分为十个等级①。这样便打破了按照经典的规定，每个战士平均分配战利品的惯例。这项财政改革措施，史称欧麦尔的“迪旺”制度。

值得注意的是，在刑法领域，早期的哈里发们有不少大胆的创新。例如，为了增强部落间的团结，他们曾下令鞭答写歪诗挖苦敌对部落的诗人②；对私通者处以石块击毙的刑

① 瓦特：《伊斯兰政治思想》，爱丁堡，1968，第46—47页。
② 夏赫：《伊斯兰教法导论》，第15页。

罚，也超出了《古兰经》规定的量刑标准①。又如，经典里虽有几段“禁酒令”②，但措词温和，规劝多于制止，更未规定刑罚。而最初艾卜·伯克尔定为四十大鞭，后来欧麦尔和阿里又改为八十大鞭③。可见，禁酒令没有得到遵守，故需规定严刑。

上述事例说明，随着社会生活日益复杂化，需要不断地完善国家法制。这就要求哈里发们按照实际情况和立法的需要，去大胆地创制和解释法律。据传二世哈里发欧麦尔就曾说过，“当你感到迷惑不解，当你遇到法律和习惯都无法解决的问题时，要动脑子好好想一想”。④可见，当时对法律的解释是相当灵活的。例如，饥荒之年，犯偷盗罪者，欧麦尔不处以断手之刑⑤，尽管《古兰经》在这方面有明文规定。又如，欧麦尔时期，同战败者签订了各式各样的“和平条件”，以契约的形式规定了被征服的异民族的法律地位⑥，从而极大地丰富、发展了战争法和税法的公法理论学说。这些无疑是离开经典的大胆的创新，所以后世学者称欧麦尔为“立法的栋梁”。据说伊本·马斯欧德曾说过，“欧麦尔之死，带走了十分之九的学问”。⑦但由于史料所限，关于早期哈里发们的立法、司法活动，后人知道不多，这段历史基本上仍是一片“空白”。

这里，我们不妨对逊奈内涵的演变作一简要的考察，它

① 《古兰经》4：15—16。
② 《古兰经》2：219；4：43；5：90—91。
③ 库尔森：《伊斯兰法律史》第26页。
④ 斐济：《伊斯兰教的现代研究》，孟买，1963，第42页。
⑤ 艾哈迈德·艾敏：《阿拉伯伊斯兰文化史》，商务印书馆，1982，第254页。
⑥ 伯纳·路易：前引书第234—241页。
⑦ 艾哈迈德·艾敏：前引书第255页。

有助于我们从另一侧面来认识哈里发们的司法实际所产生的影响。前已指出，逊奈原为一个部落的习惯规范，凡符合逊奈的，则应遵循。反之，即“标新立异”（比达），应予摈弃。伊斯兰教前的阿拉伯盛行拜物教，拜物教即当时的逊奈。后来偶像崇拜被破除，一神信仰遂为不容动摇的逊奈。足见逊奈的内涵是不断变化的。到麦地那哈里发时期，逊奈开始成为一个“政治”概念，这同哈里发国家的体制有直接的关系。既然司法与行政没有分离，而这两方面的权力又都掌握在哈里发之手，所以逊奈首先同哈里发的言行举止相联系，意指哈里发颁布的“政令”（希亚沙）。由于逊奈作为一种习惯规范有其历史连续性，前任哈里发的逊奈对后世有拘束力，不可随意废止。我们知道三世哈里发死于暗杀，而杀害他的一个口实就是指责他无视逊奈，暗示他背叛了神圣经典。与此相联系，稍晚出现了所谓“先知的逊奈”。据夏赫考证，最先提出这一概念的，是7世纪末哈瓦利吉派首领伊本·伊巴德，而在教义学意义上最先使用这个概念的，则是同时代的哈桑·巴士理①。最初这一概念的提出，仅仅是出自宗派和教义争论的需要。为了论证“正宗”信仰的历史根据，需要求助于宗教先知的权威。同样，论证当朝哈里发政策的历史连续性，也需要以“先知的逊奈”（即圣行）作为承上启下的中间环节，以便把经典同它的当代的权威解经人——哈里发本人的言行有机地联系在一起。这表明，哈里发们的立法、司法活动，尽管在深度上和广度上已经远远超出《古兰经》立法的范围，但仍以经典为理论依据。

① 夏赫：《伊斯兰教法导论》第18页。

## （二）倭马亚时期的司法实践

倭马亚王朝在伊斯兰教历史上占有重要的地位，但后世学者多加以贬斥，这是受到了阿巴斯修史家们的影响。妨碍穆斯林史学家公正地评价倭马亚王朝的主要障碍，来自伊斯兰教的“正统”观念。他们指责倭马亚统治者的主要之词，是说倭马亚人背弃了早年正统哈里发们的宗教理想，以世袭制帝国代替了哈里发的虔诚统治，从此不再考虑人民的意愿，伊斯兰教的民主传统不复存在等等。这类非难自然不无根据，但是从历史发展的观点看来，则是不能成立的。

倭马亚王朝适值伊斯兰教的重大转折时期，历史条件的改变，必然要使早期素朴的伊斯兰教带上一些前所未有的特点。事实上，正是在倭马亚时期，伊斯兰教才真正出走了沙漠，由单一的阿拉伯民族宗教逐步发展为多民族信仰的世界性宗教；与此同时，早期素朴的哈里发国家也开始发展为形态比较完备的军事大帝国；伊斯兰教的宗教礼仪和各项社会制度，伊斯兰教法的基本特征，也是这时期才开始形成的。

当然，研究这一时期的司法实践同样受到很大的限制。这是因为这时期的司法实践大多没有留下同时代的历史文献，而阿巴斯时期的司法实践又是朝着修改和否定倭马亚时代司法惯例和民俗习惯的相反方向发展的。鉴于这种困难，研究者们多以稍晚时期出现的法学著作和大量圣训传说为依据来加以考察。夏赫就是采取这种方法进行探索的。他通过对大量圣训传说的分析、考证、比较，得出如下结论：伊斯兰教法的实体和法学理论，始自伊斯兰纪元2世纪初，即倭

马亚王朝最后30年间；教法的实体是早期的宗教法学家们以当时流行于各地的民俗习惯、行政法规和司法实践为原始材料，经过不断的审核、修改、整理、加工逐步形成的；这应当作为对文献期以前伊斯兰教法律学说的历史沿革进行科学考察的起始点。① 笔者以为，在我们没有发现新的资料足以推翻夏赫的考证结果之前，我们不妨接受上述结论。

倭马亚时期的司法实践，包括民俗习惯和行政惯例两部分。让我们分别加以说明。

先说民俗习惯。倭马亚统治时期，伊斯兰教礼仪制度正在形成，但没有定型。对此，宗教家们很不满意，经常发表批评意见。甚至直到沙斐仪生活的时代（767—820），法学家们仍在热烈地讨论诸如礼拜、朝觐、天课、斋戒等宗教礼仪问题。②

在婚姻法规方面，当时的民俗习惯显然同后来的惯例有很大的出入，也不同于《古兰经》的规定。例如，按照经典的有关规定和后来的惯例，如果配偶双方尚未圆房即离异，那么丈夫应以所定聘礼之半赠予妻子③；如果婚前双方有过幽会，即以双方已经完婚对待，因而妻子有权得到全部聘礼。这种区别，看来在倭马亚时代尚不存在。由伊本·瓦哈布传述的一则传说说，哈里发麦尔旺·本·哈康（684—685在位）在一项判决中否决了这类要求④。在离婚法规方面，伊斯兰教法不承认夫方宣布一次“塔拉格”即成为不可挽回的休妻的法律效力，认为这是“标新立异”。但是，这种非正规

① 夏赫：《伊斯兰教法学的起源》第190页。
② 沙斐仪：《法源论纲》，巴尔的摩，英译本第146—172页。
③ 《古兰经》2：237。
④ 夏赫：前引书第193页。

的休妻方式当时仍然盛行，有两则以马立克名义传述的圣训传说，都对此持肯定态度，大意是说哈里发阿布杜勒·阿齐兹（717—720在位）和麦尔旺·本·哈康都判定，这种休妻方式相当于连续宣布三次的休妻，产生不可挽回的法律效力。①

在行政法规方面，倭马亚时期在财政法、战争法和刑法领域有不少创新。为了增加国库收入，国家在财政法方面采取了一些新的措施。例如，一度对马匹征收天课税，由财政部门（迪旺）从国家发放给所有者的俸禄津贴中扣除。又如，据说哈里发阿布杜勒·阿齐兹曾下令给埃及的地方长官，向入城的过往客商征收一定数量的过境关税②。这时期采取的最重大的财政措施，当推哈里发阿布杜勒·马立克统治时期（685—705）实行的货币改革。此前哈里发国家没有自己的货币，使用的是外国货币。在埃及和叙利亚，使用拜占廷时期的金、银、铜币，在原萨珊帝国统治区，使用波斯银币。由于币制不统一，在商业交易中经常引起混乱。新的统一的货币只保留了第纳尔金币和迪尔汗银币两种，前者仿造拜占廷金币，后者仿造波斯银币。国家规定的标准金银兑率为1∶14，而迪尔汗标准重量为第纳尔的7／10。这样，在交换中，一枚金币折合20枚银币。

在战争法规方面，倭马亚时期不再实行平均分配战利品的惯例，而采取按兵种分配的办法。步兵只领取一份。骑兵除本人分得一份外，战马还可以分得两份。与战争相联系，

① 马立克：《穆瓦塔圣训集》第3卷，第36页。

② 马立克：同上书，第2卷，第51页。转引自夏赫：前引书第199—201页。

是被征服的外民族的地位问题。这方面的政策，到倭马亚时期变得更明确了。倭马亚统治者同战败国签订了许多和约，以承认宗主权、交纳人丁税等义务为交换条件，向战败的异教居民颁发“通行证”，保证尊重他们的宗教信仰和生活习惯，其内部事务责成各自的宗教法庭管理。这些被称为“信奉天经”的迪米人（基督徒，犹太教徒，波斯火祆教徒等），其社会地位居于阿拉伯贵族和新改奉伊斯兰教的非阿拉伯裔穆斯林（马瓦利人）之下的第三等级。

在刑法领域，民事伤害案件的处理，仍然保留了同态复仇和赔偿血金的习惯。所不同的是，血金由国家财政部门（迪旺）从发给罪犯所属部族的津贴中扣除，必要时可在3年内分期支付。据说这项新规定始自首任哈里发穆阿维叶时代（661—680）①。至于《古兰经》里规定的“固定刑”，则采取灵活态度，不拘泥于经典的词句。例如，逃亡敌国的奴隶，一俟抓获即处以死刑，而对在国境内逃亡并犯有偷窃罪的奴隶，则以鞭刑来代替断手刑。对在敌国领土上服役的士兵，不适用固定刑，以防哗变或开小差②。

上述司法实践只是倭马亚时代民俗习惯和行政惯例的一小部分。但是从中不难看出，这些实践较之以前已经有了显著的发展和变化，特别是在公法学说和执法的灵活性上。它们也不同于阿巴斯王朝以后的司法传统。

① 肯迪：《法官传记》，来顿，1912，第350页。
② 艾卜·优素福：《论税赋》，布来克，1302，第109页。

## （三）卡迪制度的建立

倭马亚时期，行政与司法仍未分离，二者的权力都掌握在哈里发及其代理人地方总督之手。其间行政体制方面最重大的创新是设立卡迪制度。卡迪产生于对外战争。随着新征服区的开拓，大批阿拉伯移民随之涌入，因而需要加强对新占领城市的管理工作。日益复杂的行政管理工作，使得旧的仲裁人越来越难以适应形势发展的需要，结果逐渐为新的伊斯兰教司法官卡迪所取代。

卡迪，最初是一种特殊的随军官职，负责主持礼拜，指导宗教生活，调解士兵间的纠纷。早期派驻各地的卡迪，大多充当总督的行政助手，协助总督维持社会治安，调解穆斯林社团里的日常民事纠纷。初期的卡迪大多是兼职的，有的甚至兼管粮库。直到倭马亚王朝末期，才开始从熟悉宗教法律事务的专家中间录用卡迪。卡迪作为下级官吏，必须服从总督的命令，总督有权随时任免卡迪。但是一般而言，倭马亚统治者很少过问宗教法律事务，法官的司法权还是相当广泛的，结果出现了两种法制并存的局面。一方面，在全国有基本统一的公法，诸如财政法、刑法、战争法、非穆斯林属民地位法等，这是由统治者制定、实施的一部分律法；另一方面，在穆斯林聚居的一些城区里，又有各地迥异的制约民事关系的私法，即由教法执行官实施的那一部分律法。教法的驳杂性是由两方面原因促成的。

首先，卡迪的职责是按照正在形成的宗教行为规则，调解穆斯林居民之间的日常民事纠纷，而这些规则是在流行于

各地的习惯规范的基础上发展而成的，卡迪只能按照当地的习惯断案，这就难免带有地域差别性。例如，按照麦地那的习惯，女子不能自己安排终身大事，而必须由监护人做主；而在库法的城市社会里，女子则享有较多的婚姻自主权，法律上准许女子自己决定终身，无须监护人从中干预。

其次，卡迪审判的基本依据是个人的意见，因而难免出现不一致，而在卡迪法院之上又没有相当于现代高级法院或检察院性质的复审机关。《古兰经》虽为执法的最高依据，但仍难以保证司法实践的统一。因为经典里的“律例”有限，经典里的规定能否得到遵循，完全取决于卡迪的学识和虔诚。而现实生活中的法律纠纷十分复杂，一旦脱离了经典里的简短的规定，对法律精神的解释完全取决于卡迪个人的理解，因而难免出现分歧意见。例如，早年对《古兰经》里关于对被休的妻子要赠予一定的离仪这一规定的含义，就曾有过不同的解释。埃及卡迪胡札耶勒认为这是一项义务性的规定，并规定了三个第纳尔的限额，责令财政部门（迪旺）从丈夫的津贴中扣除。而后来就职的一位法官伊本·纳米尔则

审理案件、调解纠纷、维护社会治安等司法活动，将《古兰经》立法原则同当时的行政惯例、民俗习惯和外来法律传统揉和在一起，从而为伊斯兰教法实体的形成积累了大量的原始材料。其次，卡迪在日常司法实践中，将安拉的启示与人的理智紧密地结合在一起，从而发展了理性思辨和逻辑论证，提高了推理、判断的能力，为法学理论和法律技术的发展，准备了必要的思想条件。

# ○ 第 三 章

## 早期法学派与圣训派

伊斯兰教法的学说和体系并非统治者所制定，而是由熟悉经训的宗教法学家们所规定。因此，教法又称为“法学家的法”。法律实体是在法学家们整理、加工、改造倭马亚时代的民俗习惯和行政惯例的基础上逐渐形成的。这一过程始自伊斯兰纪元 2 世纪初，约720年左右，如前一章里所简要说明的。

### （一）早期法学派的形成

早期法学派又称古代法学派，它的产生有两个值得注意的历史背景。一是倭马亚王朝后期，封建统治者开始从熟悉经训的专家学者们中间录用卡迪，这使社会上一些有识之士找到了晋升的阶梯，开始对宗教法律问题产生浓厚的兴趣，而当时的司法实践，则为探讨法律问题积累了素材。另一社会背景，是倭马亚王朝末期，社会阶级矛盾日趋尖锐，统治阶级内部的矛盾有增无已，广大被征服国家的人民和统治阶级内部的不同集团和派别，都在酝酿着推翻倭马亚王朝的起义。在这阶级矛盾、民族矛盾异常尖锐的形势下，形形色色

的教派运动、宗教思想运动也极为活跃。在全国充斥着反倭马亚统治的政治声浪中，一些虔诚的宗教学者也捲入政治斗争的旋涡。他们不满于倭马亚统治者的世俗化倾向，抱怨法庭的司法实践违反了伊斯兰教的本来精神，要求恢复麦地那哈里发时期的虔诚统治。这些不满者主要是在一些大城市里，他们有时独自思索宗教、法律问题，有时则围坐在清真寺里讨论，从一开始就表现出民间学术活动的色彩。出于宗教家所特有的虔诚之心，他们习惯于以宗教道德为尺度来审查倭马亚时期流行的民俗习惯和行政惯例，力图将它们纳入伊斯兰教的道德规范，政治上的不满更助长了这种倾向。久而久之，他们对怎样的行为才符合宗教行为规则逐渐形成一套理想，这一过程可以看作法律原始材料伊斯兰教化的起始点。这类自发的学术探讨活动，标志着早期法学派的开端。

早期诸教法学派是在地域的基础上形成的。主要有伊拉克法学派（库法学派和巴士拉学派）、希贾兹法学派（麦地那学派和麦加学派）和叙利亚法学派（大马士革学派）。埃及最初未形成独立的法学派，在法律习惯上因袭麦地那法学派的传统。当时因交通不便，各学术胜地之间很少展开学术交流，而各地的社会环境、风俗习惯相去甚远，在此基础上形成的法律实体显然不完全一致。伊拉克法学派，由于较早接受希腊哲学思想和波斯萨珊王朝等外来法律传统的影响，在法学思想上居于领先地位。

倭马亚王朝末期形成的早期诸法学派，到阿巴斯王朝前期（750—934）得到进一步的发展。阿巴斯家族是在谴责“不敬神明”的倭马亚家族的呐喊声中，窃取人民起义的果实而登上哈里发宝座的。在推翻倭马亚王朝的斗争中，包括

教法学家在内的大多数宗教学者曾对阿巴斯的事业给予过积极的支持。为安抚起义者、巩固刚刚取得的政权，阿巴斯统治者当政伊始就宣布实行“真主在大地上的统治”，对宗教学者采取了利用与限制相结合的政策。在这一“君权神授”理论的指导下，大批法学家被任命为卡迪，从法学家中间录用卡迪成为一项固定不变的司法制度。为了加强中央集权制，卡迪不再是由地方总督随意指定的行政助手，而是由哈里发直接任命的司法官吏。为了协调法律的实施，后来还在帝国的首都设立大法官（卡迪库达特），作为哈里发的私人法律顾问。哈里发向各地派驻卡迪，通常要征询大法官的意见。法学家的地位有了明显的提高，成为神圣法律的权威阐释者和监护人。例如，哈乃斐学派著名法学家艾卜·优素福，就是第一个取得大法官荣誉称号的法学家，曾为哈里发哈伦·拉希德撰写过著名法学论著《论税赋》，成为朝廷的要臣。

## （二）法律实体和法律技术的发展

早期宗教家学术探讨活动的基本出发点，显然并非为了总结、发展倭马亚统治时期的司法实践，而是为了用伊斯兰教的社会理想来改造和代替业已形成的法律传统。这就使伊斯兰教法的实体从一开始就带有明显的反现实的性质。与伊斯兰纪元1世纪的司法惯例相比，法学家们学术探讨活动的一个突出特点，是他们首次开始严肃地对待《古兰经》里提出的法律规范和带有社会立法性质的“律例”，试图通过推理，从中抽引出带有普遍指导意义的原则，并把它们广泛应用于婚姻家庭关系、遗产继承、民事商业关系、宗教礼仪制

度等日常生活各个领域，从而形成伊斯兰教实体法的基础。例如，倭马亚时期发放军饷的一种办法，是发给士兵一种类似支票性质的有价粮食票证，持证者可以据此在收获季节从国家粮库里领取一定数量的粮食。后来投机商利用粮价的起落从事买卖票证的投机倒把活动，为教法学家们所不容。他们认为，这类商业投机违反了经典里关于利息的禁令①，应予取缔。在他们的强烈要求之下，后来国家在麦地那颁布了一项新的规定：粮食购买者不得原地转手倒卖粮食。这项规定后来又为库法法学派所接受，并把适用范围扩及所有可转移的商品。这样，关于利息的一般性禁令便被扩展为普遍适用的禁令，利息的内涵也随之发生了变化，泛指一切不劳而获的收入或利润。

### 1.意见、推理和类比判断

从这种零散地审查、修改当时流行于民间的习俗和国家行政惯例开始，在早期诸教法学派的内部逐渐积累起大量的判例，形成法律学说的实体。其基础最初来自教法学家个人的推理判断活动。推理判断，也是就某一问题提出见解、表示意见，因此又称“意见”(拉尔耶)、“公正”的意见②或独立判断。这是一个运用人的理智的思维判断的过程。自然，推理是有前提的，通常应以经典或流行的习惯为依据。由于每一个法学家都可以就法律问题自由发表意见，而对经典或

① 《古兰经》2:275—279；3:130；4:161；30:39。

② “意见”(ra'y)一词，在伊斯兰教初期为“公正”之意，亦即就“公正”与“亏枉”所表示的正确的意见。伊本·古太白在解释“意见”的含意时说道：“意见就是为寻求真理、经过思考的参悟而发表出来的主张。”参见艾哈迈德·艾敏：《阿拉伯—伊斯兰文化史》第151页。

习惯的解释又时常因人而异、因地而别，由此而产生的结论当然不尽一致。早期的推理，实际上仅仅是某一地区的个别法学家和宗教贤哲就某一具体的法律问题发表的个人的意见或主张，并不奢望得到普遍的承认。既是个人意见，当然难免偏颇、片面，因而被认为带有推断性质。后来教法学家们出于慎重推理的需要，偶尔也采用方法上稍为严谨的类比判断（格亚斯）。不过，当时并未使用这一名称，也未试图区别类比判断与意见判断，只是笼统地称为推理（伊智提哈德）或意见（拉尔耶）。

推理是早期的法学家们为使法律素材系统化和伊斯兰教规范化而采取的一种技术方法。这种方法始自学术思想十分活跃的伊拉克法学派，当然从今人的标准看来，当时的推理在方法上不够严谨。例如，经典里未谈及私通案件的审判，但规定凡告发贞节的妇女必须举出四个男子为见证人①。于是法学家便以此为依据，类推出私通罪者需要本人四次招认才能定罪的结论。后来又以同样方法得出另一结论：偷盗罪者，只要本人两次招认即可定罪。依据是据说四世哈里发阿里曾说过，这类案件只要求两名证人。这一结论后来为大法学家艾卜·哈尼法教长所推翻。理由是一次招供足以认定民事犯罪，既按民事犯罪论处，当然不适用《古兰经》所规定的"固定刑"（胡杜德），所以二次招供是不必要的。于是，一次招供便成为伊拉克法学派的惯例。又如，偷盗罪的法律适用问题，需要确定构成此罪的赃物的最低价值标准。最初，一些法学家根据当时的惯例，确定为十个迪尔汗。后来一些法学家为了修改这个意见，采取了一项简单的类比：用伸出

① 《古兰经》24：4。

五指来代表五个迪尔汗，意即一个人偷窃价值五枚银币的财物，即可依法断其五指。但是，这一形象的类比未能通过，而根据习惯确定的十枚银币的标准却广为人们所接受。与此同时，五枚银币的标准又被用来作为推断新郎赠予新娘聘礼的最低限额的类比前提，再次遭到许多法学家的强烈反对，后来也确定为十枚银币。其依据是聘礼的最低价值不应低于认定偷盗罪规定的赃物的最低价值①。至于两个推理判断之间是否有必然的、本质性的联系，则没有引起法学家们的注意。显然，类比最初只是确认习惯的一种方法。

2.公议

随着时间的推移，个人意见逐步被建立在一种更坚实可靠的基础之上了。这一新的基础即公议（伊制马尔）。所谓公议，即某一地方某一世代的大多数教法学家就某一问题所取得的基本一致的认识。公议的根据是唯多数人的意见是从，它反映了社会舆论对流行的传统习惯的确认或修改。关于这种情况，早期一位不知名的法学家曾作过这样的描述："每当我发现一个学术胜地的大多数学者持有同样的看法，我就称之为公议（一致意见），不论他们的前辈是否同意，因为大多数人就任何事情取得一致时，不会不理会前辈人的既定之见，他们只有在考虑过废止原则或掌握更充分的论据之后——尽管未予说明——才肯放弃前人的学说"②。这或许可以看作是对早期的公议概念所作的比较近于实际的说明。

公议取两种形式：穆斯林大众或教法学家们的倾向性的

① 夏赫：《伊斯兰教法导论》第38—39页。
② 夏赫：《伊斯兰教法的起源》第86页。

意见。前者范围广泛，通常是穆斯林社团就重大原则问题，如宗教礼仪问题形成的一致意见。由于当时没有一个民意表决机关来普查民意，因而这类公议实质上是教法学家对当地民俗习惯的直接确认。后者范围较窄，仅限于某一地方的宗教法律学者们就专门法律问题形成的倾向性的意见。这类公议也含有大量的民俗习惯，但它们大都经过法学家的整理、加工、改造。公议的产生，反映了法学的发展进入了一个新的阶段，出现了由法学家个人随意解释法律转向集体商议法律之势。当然，早期的公议是匿名的，尚未同一些著名的教法学家的名字相联系，它所表示的仅仅是某个地方的法学家们的折衷意见，因而带有明显的地域差别性。然而，一项公议一经形成，则被看作是不谬的，不容更易的，故为核准法律推理的权威依据。法学家的个人意见或类比判断，一旦得到公议的确认和核准，便具有法律的约束力了。

### 3.逊奈

与公议概念相联系，后来产生了逊奈概念。这里说的逊奈是个法学概念，其内涵已经发生了明显的变化：既有别于古代贝杜因游牧民的部落习惯，又不同于早年教义学意义下的逊奈。法学意义的逊奈具有双重意义。作为实体法概念，逊奈的内涵是明确而具体的，指所有符合伊斯兰教法律规范的言行、习惯；作为早期诸教法学派所共有的法学理论基础概念，它的内涵是抽象的，泛指某一地区某一世代权威法学家所阐发的、该派一致公认的法律学说。既然每一法学派皆有自己的法律学说，逊奈在各地显然具有不同的内涵。在这一点上，它与早期诸法学派内部的公议十分相近。由于逊奈

是个内涵不确定的模糊概念，加之在伊斯兰教法形成的初期有几个与之相近的概念，因而难以下一个绝对排他性的准确定义。如果沿用国外学者的界定，只能说它大体上相当于流行于早期各法学派内部的所谓“现行法律传统”。这种传统习惯显现出两个基本特征：回溯性和现实性。回溯性，指的是法律学说的真实的或虚构的历史连续性，亦即一个学派的法律实体总是毫无例外地被表述为前人的习惯或先例。因之，逊奈经常被解释为习惯、古之习惯或一致公认的习惯。现实性，指的是法律学说的现实渊源，也就是说，这些被归诸于古人的学说既包含有当地穆斯林大众的某些实际习惯，又包含有法学家们改造、制作的成分，其中揉进的宗教伦理成分，则是法律素材系统化和伊斯兰教规范化的直接结果。因之，逊奈又被解释为“标准的习惯”，它与倭马亚时代的司法实践不相吻合，甚至全然相反。这种情况一直继续到8世纪末。

### 4.法学发展的两个共同倾向

在法律技术方法上，早期法学派表现出两个共同的思想倾向。首先，出于法律一致性的需要，推理日趋系统化，方法上越来越严格，带有推测性的教法学家的个人意见逐渐为更严谨的类比判断所代替。当然，个人意见仍未废止，有时出于实际需要，卡迪在审判时甚至撇开严格的类比方法，而采用灵活变通的衡平方法。例如，按照伊斯兰教商法的惯例，租赁或雇佣的酬金必须是不可替代物，如黄金和白银等。但是，习惯上则允许以提供衣食、寓所为条件，雇佣乳妈。这种例外，称为法官“优选”(伊斯提哈桑)。又如，有时

在某种特殊情况下，卡迪可以不顾同态复仇原则，而把情节恶劣的合伙杀人犯（只谋杀一人）全部判处死刑。这种灵活变通原则，因其出发点是为了维护社会公共利益（即社会治安），故被称为“公益”原则（伊斯提斯拉赫）。可见，早期法学派对法律的解释，是相当灵活变通的。

早期教法学派法律技术发展的另一共同倾向，是越来越重视逊奈概念。如前所述，逊奈最初所反映的是略加修剪过的、绝大多数法学家们的折衷意见，并未同某一教法学家的名字相联系；而且它的内涵往往是含混不清的，法学家的个人意见、类比判断、公议、流行的民俗习惯、宗教理想等等，都可以成为逊奈的实际渊源。后来，为了论证今人法律学说的权威性，产生了假托古人的倾向。各地的教法学家们为了证实法律学说的历史沿革，特别重视从以往的传说中寻求依据。据夏赫考证，库法的法律传统最初宣称源自时间上略早的伊卜拉欣·纳卡哈里，而麦地那的法律传统则被断言为承自时间上略早的所谓“麦地那的七大法学家”；稍后库法的法律传统又被向前回溯至穆罕默德的同代人伊本·马斯欧德，而麦地那的法律传统则被回溯至二世哈里发欧麦尔①。为了加强说服力，还编造了法律学说世代相承、连绵不断的传承线索（伊斯纳德）。至于这些传承线索是否真实可信，则完全无关紧要，因而也不为当时的教法学家们所重视，因为其注意力仅仅在于为自己的法律学说的权威性寻求历史依据。例如，库法法学派的承上启下者为伊卜拉欣·纳卡哈里，而历史上的伊卜拉欣·纳卡哈里与该派始祖伊本·马斯欧德并非同代人，当然也就无从直接了解和承袭其学说。这

① 夏赫：《伊斯兰教法导论》第31—32页。

样，伊斯兰教法实体形成的时间就被后世的法学家们人为地一步一步地大大向前推移了，而它的实际奠基人，诸如麦地那的大法学家马立克·阿纳斯，库法的大法学家艾卜·哈尼法、艾卜·优素福、沙巴尼等人，反倒被轻易地遗忘了。这种自古代权威者那里寻求法律历史依据的思想倾向，后来在伊斯兰教法学术语里被称之为“塔格里德”，意为“遵循”。在其后的发展中，“塔格里德”逐渐带有消极意义，到了近代终于成为因循守旧、盲目沿袭古人传统的同义语。

## （三）圣训派的产生和影响

圣训运动是伊斯兰教法形成期极其重要的历史事件，它的产生和发展从根本上改变了伊斯兰教法学的发展方向，对法律实体的演变也产生了一定的影响。

### 1.圣训派的产生

圣训派的勃兴是早期诸教法学派法学发展方向的必然结果，它根源于早期诸法学派的理论活动。早期的法学家们既要论证本派既定法律学说的权威性和理论根据，又找不到比习惯（逊奈）规范更有力的思想武器，只好人为地铸造实体法学说历史连续性的链条，从而把经过其加工、改造的现行法律习惯建立在大量历史传说的基础之上。这类以古论今的托古活动完全是自发产生的。最初法律传统至远回溯至穆罕默德同时代的所谓“圣门弟子团”，然而这一托古活动逻辑发展的终点，必然要把后来流行的法律学说假托为先知穆罕默德本人生前的言行（圣训）。据夏赫考证，最先攀登上这最后

一级阶梯的是伊拉克的教法学家们，他们继伊本·马斯欧德之后，于伊斯兰纪元2世纪，开始在法学意义上使用“先知的逊奈”这一概念。这一概念不久又为叙利亚的法学家们所沿用，他们据此把流行于本派的法律传统表述为源自穆罕默德时代，世代相传、连续不断的穆斯林大众的习惯。相比之下，麦地那的教法学家们尽管也很重视当地的习惯，最初却没有直接把它同穆罕默德本人生前的言行联系在一起。例如，马立克在他的名著《穆瓦塔圣训集》里，就几乎绝口不提“先知的逊奈”，而只提“麦地那的习惯”。

“先知的逊奈”（即后来所说的“圣训”）这一新的法学概念的首次使用，标志着伊斯兰教法学发展过程中一个新阶段的开始：在早期诸法学派的母体里开始分化出一个新的法学思想流派——圣训派。这一发展过程，始自伊斯兰纪元2世纪下半叶，约770年左右。圣训派在气质上不同于早期的教法学家，他们虽然也关注法律问题，但其主要兴趣在于搜集、研究和考证当时已开始流传于世的圣训传说。在立法思想上，教法学家们仅仅宣称其法律学说在总体上源自圣训传说，而圣训派则要求以正式传述的圣训传说作为立法和解释法律的根本依据，可谓“言必称圣训”。就思想倾向而论，圣训派运动的兴起是易于理解的。既然早期诸教法学派里的主流派以古人的权威作为流行法律学说的历史根据，圣训派当然有理由抬出更高的权威作为法律的神学论证的理论基础。由于穆罕默德为经典的权威解释者，以“先知的逊奈”为立法的根本依据，在逻辑上显然是无懈可击的。所以，圣训派尽管最初人数不多，影响不大，却注定会发展为势不可挡的洪流。

## 2.圣训派与意见派

后世学者往往把早期诸教法学派内部的主流派与圣训派在法学思想上的分歧简单地归结为“意见派”与“圣训派”之争，并把伊拉克法学派称为意见派，而把麦地那法学派称为圣训派。这种归纳虽然不无一定的道理，但认真分析起来却是不妥当的。因为第一，这种归纳忽视了早期诸教法学派所共有的基本特征。实际上，在伊斯兰教法的形成期，伊拉克法学派与麦地那法学派采取了基本相近的立场，法学发展方向也大体相同。两派都重视当地的民俗习惯，都不同程度地运用意见、推理、类比判断等方法，都以大多数法学家的公议为核准法律推理的权威依据，并把本派公认的法律学说表述为逊奈，即一致赞同的习惯。两派在法律实体上的差异，主要并非因为他们所采用的法学原则或法律技术方法的不同，而是因为两地的民俗习惯不同而带来的地域差别性。第二，圣训派是以地域为基础的早期诸教法学派内部的一个不同的思想流派，其影响遍及麦加、麦地那、大马士革、库法、巴士拉等各大城市，并非仅限于麦地那，更不能等同于麦地那法学派。而且，尽管法学思想不同，圣训派仍与主流派保持着密切的联系，并未分道扬镳，另立山头。之所以产生这种误解，在很大程度上是因为后世伊斯兰学者常有的一种“回溯性”的思想倾向，即把教法学发展到一定阶段的结果说成生来俱有、古已有之。事实上，伊拉克的哈乃斐教法学派与麦地那的马立克教法学派的差异，主要是因为他们所采用的辅助法律原则的不同。马立克法学派所强调的麦地那的公议，反映了当地穆斯林社团的某些实际习惯，因圣城麦地那的缘故，后来往往被归结为先知生前言行的当代体现，

故称“圣训派”。而哈乃斐法学派所推崇的灵活变通的“优选”原则，尽管是在没有经训和先例可依的特殊情况下而采用的，在后来的法学争论中却被曲解为随意发表的意见，故有“意见派”之称。当然，两派后来确有注重意见和注重习惯之分，但早期时并非如此。

### 3.圣训派的影响

圣训派之产生为教法形成期最重大的历史事件。法律体系的形成反映出法学家们在两方面所付出的劳动，即法律素材的系统化和宗教规范化。前者表现为运用人的理性于神启的过程，结果导致意见、推理、类比、公议、逊奈等法律技术方法的迅速发展，如本章第二节所述。后者表现为以宗教伦理为尺度来审核法律素材，充实和应用《古兰经》立法原则，将现行法律传统假托为圣训和圣门弟子的言行等形式，这使教法学家们更加重视宗教伦理准则和在法律素材伊斯兰教规范化过程中以圣训传说形式增补的大量新材料。结果，伊斯兰教法从穆罕默德时代支离破碎的《古兰经》立法，逐步发展为庞大、复杂的法律体系。与此同时，产生了专司解释法律的职业法学家阶层和伊斯兰教法学。早期教法学派的伊斯兰教化倾向，决定了伊斯兰教法只能朝着背离倭马亚时期司法实践的方向发展，而圣训派的兴起则进而强化了这一固有的思想倾向。

圣训派的突出特征是墨守经训，严厌、排斥人的理性思辨和逻辑论证。这同注重实际、主张灵活解释法律的倭马亚时期的司法实践适成鲜明对照。早期教法学派里的主流派对当时流行的民俗习惯取分析态度，并不一概排斥，而圣训派

则主张严格遵循经典的训谕。例如，他们根据经典里关于利息的禁令，提出一定商品的物物交易必须严守数量或重量绝对相等的原则，而全然不顾商品本身的价值。而按照麦地那当时的商事惯例，通常允许以金块兑换数量略少的金币，因为铸币要付出一定的劳动，故在交易时应有差额补偿。这种传统的物物交易习惯本来是合情合理的，而圣训派却以有悖于经典为由，要求严加禁止。又如，按照麦地那当时流行的商事惯例，准许以干果交换青果（称为穆札巴纳），这一民间商业习惯后来也遭到圣训派的非难，这可以从马立克的《穆瓦塔圣训集》里记述的两则传述线索相似而内容完全相反的"圣训"传说里得到印证。马立克传述的一则圣训说，不得以干果交易青果，而同样由他传述的另一则圣训又说，准许以干椰枣交易树上的鲜椰枣（称为阿里亚）。①看来，这一矛盾现象唯一合理的解释是，关于"穆札巴纳"交易这一普遍适用的禁令，源自圣训派对利息禁令所作的刻板解释，而批准"阿里亚"交易的那则圣训传说，则是麦地那的教法学家们根据当时的商事惯例和实际需要对这一普遍性禁令所作的灵活解释，因此马立克称之为"特殊规则"或"例外"。这类物物交易在当时的日常生活中显然是难以避免的，因为例如一些没有椰枣林的贫苦人要想用鲜椰枣做果酱，只得用手头保存的、数量大体相当的干枣交换鲜枣。这一推断还可以从圣训考证中得到证实。据库尔森考定②，关于青果交易干果的普遍禁令表述为圣训传说在先，而准许以干椰枣交易鲜椰

① 马立克：《穆瓦塔圣训集》第三部分第106、102条。转引自夏赫：《伊斯兰教法学的起源》第153页。

② 库尔森：《伊斯兰法律史》中国社会科学出版社，1986年，第44页。

枣这则晚出的圣训传说，则可解释为麦地那法学派与圣训派达成的免强的妥协。由此可见，在法律实体方面，圣训派的影响是使法律学说刻板僵化，越来越脱离实际；反映倭马亚时期行政惯例和民俗习惯的大量判例和传说，有些被修改得面目全非，有些被圣训传说所淹没，当然也有些或许以“例外”的形式得以生存下来。但是，由于种种条件的限制，这种影响的确切范围，至今仍难以断定，因为这涉及大量圣训传说的历史考证问题。目前，学者们大多通过对版本最古老、保存最完整的《穆瓦塔圣训集》的分析、考证，来断定哪些判例源自早期诸教法学派，哪些为后世的圣训传说所修改。由于圣训派产生之际，伊斯兰教法的实体已基本形成，由此可以推断，这方面的影响不是主要的。

圣训派的主要影响是在法学理论方面。早期诸教法学派里的主流派在论证本派的法律渊源时，仅仅把得到他们确认的传统习惯回溯至“圣门弟子团”，而圣训派则要求以穆罕默德的先例为至上的立法权威。为此，他们把大量的判例、主张和传说虚妄地归结为穆罕默德本人生前的言行，开创了伪造圣训之风。应予指出的是，直至8世纪末，圣则尚未编纂成典，仅限于口头辗转相传。然而，正是这些口头流传的大圣训传说，为当时的法学家们研讨法律问题提供了丰富的资料，法学家们以此为依据著书立说，标志着伊斯兰教法进入法律文献时期（伊斯兰纪元150—250年）。随着法律文献期的到来，各法学派开始以书面形式来表述自己的法律主张。于是，以地域为基础的早期诸教法学派发生了新的分化、组合，以一些著名的法学大师为中心形成许多法学流派，其中最有名气的是马立克教法学派和哈乃斐教法学派。可见，圣

训派在法学理论上最突出的影响，是逐步确立了法自圣训而出的立法原则，这使圣训传说成为至关重要的法源。在圣训立法思想的巨大压力下，早期教法学派里的主流派开始修改自己的教法学说，将其表述为伪圣训的形式，以适应法学新潮流的需要，致使圣训传说更为庞杂，法律学说互不一致之处也更多见。

自然，一种学说一旦形成，绝非一朝一夕就可以改变的。早期的教法学家们只是经过长期的较量之后，才勉强有保留地接受了圣训立法思想。种种迹象表明，这种斗争贯穿于整个伊斯兰纪元第二世纪，直到大法学家沙斐仪时代以后，才初步实现了万流归宗的局面，形成了普遍接受的所谓古典伊斯兰教法学理论和渐趋稳定的法律实体。

# ○ 第四章

## 沙斐仪与伊斯兰教法学理论

沙斐仪在伊斯兰法制史上占有重要的地位，被后世学者尊誉为“伊斯兰教法学之父”。教法学能够成为一门独立的宗教学科，具有普遍指导意义的伊斯兰教法学理论的形成，在很大程度上应归功于沙斐仪的理论著述活动。沙斐仪的法学理论成功地调和了早期诸教法学派内部主流派与圣训派的分歧，为古典伊斯兰教法学理论的最后形成奠定了基础。

### （一）沙斐仪的生平与时代背景

沙斐仪的全名是穆罕默德·伊本·伊德里斯·沙斐仪（767—820）。关于他的早年生活，阿拉伯文史籍中充满着种种互相矛盾的记载。后世穆斯林学者多以时间上最早的拉齐（938年卒）的记述为据，但拉齐的记述多依口头传说，不足凭信。据说沙斐仪系圣族后裔，出生在一个祖籍麦加古来氏部落的家庭里。青年时代曾在麦加学习法律，后赴麦地那深造，拜大法学家马立克为师。30岁时，经偶然来麦加访问的阿巴斯王朝驻也门总督的举荐，担任过短期的教法执行官。后因当朝哈里发哈伦·拉希德（786—809在位）的猜疑，被解

除职务并被押解到巴格达受审。同他一起受审的几名地方官吏均以"谋反"之罪被判处死刑，沙斐仪在法庭上据理抗辩，才幸免遇难。这次不幸遭遇使他偶然结识了哈乃斐派大法学家沙巴尼，从此开始钻研他的法学思想。据说沙斐仪曾多次同哈乃斐派教法学家们辩论法律问题，这使他认识到他青年时代接受的马立克派法律传统的局限性，亲身感受到伊拉克法学派生气勃勃的探索精神和逻辑推理的力量。804年，沙斐仪取道叙利亚返回故乡，开始在麦加的圣寺里讲学。由于熟悉各教法学派的思想，他在讲课时能博取众家之长，融汇贯通，不囿于一家之言，因而深受学生们的爱戴。他的弟子中，包括后来成名的大法学家伊本·罕百勒教长。810年，沙斐仪再次赴巴格达，这时他在法学思想上已日臻成熟，遂着手搜集资料，著书立说。814年，新任哈里发马孟开始大力推行穆尔太齐赖学派提出的《古兰经》"受造说"，强制所有高官显贵宣誓悦纳，以圣训派为核心的逊尼派宗教贤哲遭到压制。在此逆境之下，沙斐仪只好离开这块是非之地，迁居埃及。他的大部分著作是他旅居埃及以后撰写的。主要有《法源论纲》(《里沙拉》)和九篇法学论文。

沙斐仪生活的时代，适值伊斯兰教法的文献时期，法学已有了较高的发展。早期以地域为基础的诸教法学派经过新的分化、组合，开始以著名法学家的著作为基础来制定本派所遵循的法律学说，法律原始材料的系统化和伊斯兰教规范化的工作已经取得了很大的进展，而在法学理论方面，早期法学派内部主流派与圣训派之争，则刚刚拉开序幕。所以，沙斐仪的影响主要是在法学理论和法律技术方法方面。就沙斐仪个人的思想气质而言，他并非一个锋芒毕露的人。他甚至一向反

对“标新立异”，另立门派，即使在他成名以后，他仍把自己看作马立克教法学派的忠实信徒。然而，生活在一个诸家蜂起、纷争不已的法学理论的形成期，像他那样一位学识渊博的大学者，也实难完全置身于时代之外。因此，随着他的大批法学著作的问世，一个带有鲜明理论色彩的新的法学派终于在疾风暴雨中诞生了。这或许是沙斐仪本人所始料不及的。

在8世纪上半叶至9世纪上半叶法学理论的两军对垒中，沙斐仪偶尔也对圣训派的过激主张（如一概排斥人的理性活动）和低劣的推理能力提出过尖锐的批评，但其锋芒始终是指向早期法学派里的主流派。分歧的焦点是法学原理或法律的渊源问题。主流派的法律学说，可以说是在缺乏系统、明确的理论准备的情况下而提出来的，带有很大的自发性。其法律渊源，如前所述，包括权威教法学家的个人意见、当地穆斯林社团的风俗习惯、大多数教法学家的协商意见和教法学家个人根据经训和原判例所作的类比判断等。这些法学概念和法律技术方法尚未经过认真的推敲，带有很大的随意性，在此基础上产生的法律实体更是纷繁驳杂，不相一致。因而，沙斐仪试图在此基础上制订一套更精致、更系统的法学原理，从而把法学家创制法律的活动严格限制在神圣法律渊源容许的有限范围之内，以指导司法实践，统一法律学说。主流派为论证本派法律学说的权威性，经常求助于古人，但其法律学说至远回溯至穆罕默德的“直传圣门弟子”，而沙斐仪则主张以穆罕默德本人生前的言行即“圣训”为立法的最高权威。其基本命题是：由可信赖人士传述的每一则真实可信的圣训，包括仅有一名传述人的“单传圣训”，具有至上的立

法权威。正是在这样的背景之下，沙斐仪系统地阐述了关于四个法律渊源的理论，构筑起严谨的伊斯兰教法学理论体系，从而把教法学推向一个新的高度。

## （二）沙斐仪的法学理论体系

### 1. 关于《古兰经》立法的理论

《古兰经》不仅是广大穆斯林持身律己的根本行为经典，也是早年阿拉伯人文化知识生活的重要源泉，早期的穆斯林多以学习《古兰经》为最高学问。经典的权威，经典里的"律例"的约束力，是不言而喻的。然而，仅凭一部经典难以保证法律学说的一致性，因为对经义的不同解释仍可能导致不同的判例；何况，《古兰经》是为了解决早年一代穆斯林日常生活中遇到的实际问题而陆续"降示"的，涉及立法的内容毕竟有限，而社会则在不断地前进，人世间的生活更是丰富多彩、瞬息万变。所以，如何按照经典的精神随时解决现实生活中不断出现的问题，特别是那些经典里从未涉及的新问题，无疑是摆在教法学家面前的重大课题。事实上，早期的法律学说之所以如此纷繁驳杂，正是社会生活日益复杂化的反映。在这一问题上，沙斐仪的重要贡献是对经典的意义提出了新的见解，认为经典的价值不仅在于经中所规定的"律例"，更重要的还在于它所提示的解经方法。借助这种方法，有限的经文即可成为取之不尽、用之不竭的立法渊源。关于这种方法，他在《法源论纲》里做了详尽的阐述，认为"服从真主和使者"这段反复出现的经文确立了先知穆罕默德作为权威解经人的地位，其生前之言行为仅次于经典的神圣立

法的渊源。这样，沙斐仪的经注学理论就把《古兰经》与"圣训"首次紧紧地联系在一起了。凡经典里未涉及或讲得不明确之处，则以圣训立法加以补充。这种新的立法形式对容纳后期以圣训传说形式增补的反映各地社会生活习惯的大量异质材料，具有十分重要的意义。

当然，在这一点上，沙斐仪并非简单地重复圣训派的观点，因为圣训派虽然也要求承认导源于圣训传说的判例的约束力，但那只是其托古活动的自然结果，并未加以理论上的论证；而且在他们看来，穆罕默德的言行之所以有法律的拘束力，仅仅是因为同他的"圣门弟子团"相比，他是在时间上和品格上更接近经典精神的一个人。因为这一解释上的"疏漏"，马立克教法学派往往以经典的权威来拒绝那些有悖于麦地那习惯的圣训传说。树立新的权威解经人的地位，意在剥夺旧的普通解经人的发言权，以消除不同法律学说产生的根源，达到统一法律实体的目的。但是，这样一来，法学家们按照实际情况灵活创制和解释法律的自由，也势必要受到严格的限制。

### 2. 关于圣训立法的理论

强调圣训立法的至上权威是沙斐仪法学理论体系的基石，具有强烈的现时针对性。沙斐仪生活的时代，虽然系统地收集、编选圣训的工作尚未开始，但已有大量圣训传说流传于世，教法学家们已开始以圣训的形式来表述和论证自己的法律主张，尤以圣训派为甚。这时期含有法律意义的"圣训"，除了少量可能确属通过倭马亚时期的司法实践和民俗习惯保存下来的、源自穆罕默德时代的真实圣训外，绝大部分

则是因为立法和法学争论的需要而假托、伪造的。大量伪圣训的出现，从一个侧面反映了主流派与圣训派争论之烈，他们“彼此攻击，互相诋丑，各造圣训，以为助力。”①这种情况，在马立克教长汇集的《穆瓦塔圣训集》里也有所反映。主流派原来显然拒绝接受圣训立法的思想。例如，麦地那学派就绝口不提“先知的逊奈”，认为逊奈不过是习惯的代名词，它与先知的言行没有必然的联系。所以，马立克教长通常把逊奈解释为“我们一致同意的习惯。”②叙利亚法学派虽然使用过“先知的逊奈”这一概念，但它与稍晚正式记录的“圣行”并非一回事。按其理解，世上流传的关于先知的生平故事、传闻趣事等，皆可看作“圣行”。而伊拉克法学派尽管最早提出“先知的逊奈”的概念，但既未加以解释，亦未作为严谨的法学概念而使用，只是偶尔据此来证明其法律学说的古老渊源而已。显然，欲统一法律学说，需要从理论上说明圣训立法的地位和功能问题。沙斐仪在其著作中就此作了系统的回答和论证。

首先，他引用大量经文和由马立克教长传述的一则圣训③，论证了信真主和信使者的一致性，要求信众象服从“安拉”那样去服从使者，不应有丝毫的怀疑和动摇，否则其信仰是不完全的。其次，他援引七节经文，论证了经中所言“天书与智慧”，“智慧”即圣训。沙斐仪争论说，在《古兰经》里，“智慧”是紧接“天书”而谈的，故与经典相联系，而

① 艾哈迈德·艾敏：《阿拉伯—伊斯兰文化史》，商务印书馆，1982，第258页。

② 马立克：《穆瓦塔圣训集》第3卷，第39页。转引自夏赫：《伊斯兰教法学的起源》，第68页。

③ 沙斐仪：《法源论纲》英译本，巴尔的摩，1961，第86—88条。

真主又一贯责令信士要服从使者，所以“服从”只能理解为服从经典里规定的义务，而“智慧”只能理解为先知生前的言行，即圣训。最后，沙斐仪论证了圣训立法的至上权威，指出服从一般“主事人”（语出《古兰经》，这里指早期教法学派依托的“直传圣门弟子”）是有条件的，而服从先知的判决则是无条件的，“不易有选择”①。

至于圣训立法的功能问题，这显然是随着大量伪圣训的出现而提出来的一个急待解决的重要问题。因补充《古兰经》立法和法学争论的需要，导致大量伪圣训的产生，而教法学家们又多以是否符合当地的习惯来决定一则圣训传说的取舍，马立克教法学派还经常以经典的权威拒绝圣训，致使经训关系含混不清，圣训传说真伪不辨。故此，需要从理论上解决经训的关系和互相矛盾的圣训传说之间的关系问题。沙斐仪通过对早期教法学派法学思想的辨析、批判，对这些问题作出明确的回答。

沙斐仪首先从伊斯兰教基本教义出发，提出了经训一致说。他把圣训传说归纳为三类：（1）重申经典训谕的圣训；（2）解释经义的圣训；（3）补充经典的圣训。有争议的主要是第三类。这类圣训是否有约束力，因经典里未予说明，学者们众说纷纭，莫衷一是。沙斐仪从宗教神学的角度就此作了说明，宣称逊奈（圣行）是先知获得神的灵感的诸多事情之一，真主之恩典可取各种不同的形式，有些表现为天启经文，有些则采取不成文立法的形式。但是，不论采取何种形式，皆为真主命令的体现，故信士都有义务服从，而不得以任何

① 沙斐仪：前引书，第88条。

借口违抗使者的命令①。与此同时，沙斐仪也注意到，《古兰经》因“降示”的背景不同，其中难免有不尽一致之处；故据有关的经文②，阐述了晚出经文停止先前经文的“废止说”（纳斯克）。由此得出结论：真主要停止一节经文，必以另一节经文来代替；《古兰经》只能由《古兰经》加以废止，圣训不能废止《古兰经》，只能解释和补充《古兰经》。

关于各种渊源不同、互有出入的圣训传说之间的关系问题，沙斐仪陷入了自相矛盾。一方面，他在理论上不承认伪圣训和互相矛盾的圣训之存在，另一方面，他又竭力调和这些矛盾。关于圣训传说的驳杂性，沙斐仪注意到：（1）有些圣训是一致的，有些则互有出入；(2)有些圣训指明了何者废上另者，有些则未予指明；（3）有些圣训的命令或禁令的约束力是明确的，有些则是可选择的③。如何解决这些矛盾呢？沙斐仪再次求助于“废止说”，声称如果一则圣训为另一则训圣所废止，必有一则圣训会予以说明。因此，凡已指明废止关系的圣训传说，便不发生相悖的问题。至于明显互有出入而又未指明废止关系的圣训传说，沙斐仪则极力从语言学的观点加以调和，认为这实际上只是个理解问题或角度不同。例如，他把一个解释为普遍的原则，一个解释为特殊的例外；一个是简单概括，一个是详尽阐述；一个是针对这种情况而发，一个是针对另一种情况而论，如此等等④。总之，所有互不一致的圣训传说已通过废止原则明确了彼此间的关系，因此除圣训本身外，任何权威都不足以废止一则圣训。《古兰

① 沙斐仪：前引书，第98条。
② 参见《古兰经》2:106；10:15，16；13:39；16:101。
③ 沙斐仪：《法源论纲》，第181条。
④ 沙斐仪：前引书，第182条。

经》同样无权废止圣训，否则就等于以更有力的形式确认了马立克教法学派的观点，而且“全部圣训都将被作废”①，而这正是沙斐仪极力要加以反驳的论点。

相比之下，《古兰经》废止说易于为人们所接受，因为有大量经文为据，而且再没有高于《古兰经》的经典，而圣训废止说则难以从经训原文中找到直接的文字依据，所以沙斐仪只好求助于逻辑论证。既然信士有义务服从使者，而使者的言行为真主所“默示”，而且除了真主之“圣书”和使者之“圣行”外，再没有任何成文的命令，故唯有后来的圣训可废止先前的圣训②。经过反复的论证，沙斐仪最终提出了“经训同源不悖说”，即《古兰经》和“圣训”同为真主所启示，但《古兰经》只能由《古兰经》，圣训只能由圣训予以废止。圣训的功能是解释和补充《古兰经》立法。

### 3.关于公议的理论

公议（伊智马尔）概念并非沙斐仪所首创，早期的教法学家们早已广泛使用，以此作为核准法律推理的权威理论依据。公议不谬说是对经过法学家们改造的古代部落习惯规范在新的历史条件下的确认。公议的权威来自社会习惯，即现行法律学说真实的或虚构的历史连续性。对此，哈乃斐派大法学家沙巴尼曾据一则伪圣训作过这样的论证：“据传先知曾说过，凡是穆斯林大众赞同的，在真主的眼里就是善行；凡是穆斯林大众不赞同的，在真主的眼里就是恶行”。③可见，公议的理论基础是“民意”，而解释法律的权利则属于

① 沙斐仪：前引书，第109条。
② 沙斐仪：前引书，第103条。
③ 夏赫：《伊斯兰教法学的起源》第86页。

民意的代表者——每一世代有威望的教法学家们。这种创制法律的自由，同早期法学派灵活解释法律的传统一脉相承，它也是法律学说不能一致的根本原因之一。因此，沙斐仪对早期的公议说持否定态度。他把早期的公议归诸于教法学家们的主观臆断，批评伊拉克学派的法学家们把公议概念强加于早年一代的“圣门弟子”，而实际上这些人从未使用过这一字眼，有些彼此甚至从未见过面，更无从形成公议①。他还揭露麦地那公议的虚伪性，指出在先知穆罕默德的时代，居住在麦地那的圣门弟子不下三万人，而麦地那的公议至多能代表六个人的意见②。

显然，沙斐仪倾向于把公议解释为穆斯林大众就某些基本原则，如宗教礼仪问题所取得的一致意见，而这显然与教法学家们所关心的法律事务无关。这种主张是不难理解的，因为到沙斐仪生活的时代，随着伊斯兰帝国的不断扩张，大批穆斯林与非穆斯林居民混居一地，在法律事务上遵循穆斯林大众的一致意见是不现实的；而教法学家们的公议，因为彼此隔绝、很少往来，也同样是行不通的。所以，只能在基本原则上遵循穆斯林大众的统一意志，而“穆斯林民众的一致意愿绝不会违反先知的教诲”③。

当然，沙斐仪对公议的认识有个发展过程。在他的早期著作④里，他一度沿用旧的公议概念，即把穆斯林大众广义

① 沙斐仪：第五篇法学论文。转引自夏赫：《伊斯兰教法学的起源》第87页。

② 沙斐仪：第三篇法学论文。转引自夏赫：《伊斯兰教法学的起源》第83页。

③ 沙斐仪：《法源论纲》第481条。

④ 据夏赫考定，沙斐仪的九篇论文中，第一、二、七、八、九篇（未按发表时间编辑）为早期之作，其余诸篇和《法源论纲》为迁居埃及后的晚期之作。

的公议与法学家们狭义的公议加以区别，继而对法学家们公议的易谬性提出种种非难，最后则断然否认其权威性，甚至根本否认曾经有过这样的公议。尽管如此，他本人亦未就他所主张的公议作过明确的界定，特别是未明确说明这类权威与他所极力主张的圣训立法权威的关系。这方面近于定义性的说明是沙斐仪的如下两段言论。其一论证了穆斯林大众的统一意志与“圣训”的一致性：“我们之所以服从大众的决议，是因为我们知道，如果确有先知的逊奈，大众不会不知道，而大众一致同意之事，绝不会违背先知的逊奈。”① 其二论证了穆斯林大众意志的不谬性：“凡服从穆斯林大众意志者即是服从社团，凡持有异议者即是违抗社团的命令。所以，谬误产生于分离。但穆斯林大众作为一个整体，对《古兰经》、圣训和类比判断意义的理解，是不谬的”。② 由此可见，沙斐仪的基本倾向，是以作为圣训立法权威当然体现的穆斯林大众的统一意志来代替早期法学家们的公议，但在论证方式上仍然沿用了早期诸教法学派惯用的方法。

### 4.关于类比判断的理论

类比判断（格亚斯）同样并非沙斐仪所首创。在他之前，教法学家们已开始使用这一技术方法，只是还不十分普遍，还没有严格的定义，甚至也未使用过这一称谓。伊斯兰教法学形成之初，与类比判断相联系，有几个意义相近而未予明确区别的法学概念。广义而言，运用人的理智来推导或创制法律的过程，统称为“伊智提哈德”。这是个思维、判断的过

① 沙斐仪：《法源论纲》第481条。
② 同上，第487条。

程，包括经训原文或原判例的选择、解释和应用，直到据此形成新的判例、得出新的结论为止。因此，我们不妨把这一过程理解为"创制"或"推断"。当然，事实上并非人人都有能力采用这种复杂的法律技术方法。在法律上被认为有资格运用推理判断者，后来被称为"穆智塔希德"。判断也是就某一法律争执点的是非曲直发表见解，故又称意见、个人意见或公正的意见(拉尔耶)。如果一则判断是以众所公认的习惯、原则或前人的先例为前提，旨在通过分析、比较、推演，从而取得严谨的结论，这种技术方法即所谓类比判断，以区别于被认为带有推测性质的意见判断。所以，类比判断是法律推导的一种特殊方法和高级阶段。但是，类比判断有时实际上只反映了判断者个人的主观意愿或意向，这种离开严格类比的变通方法，称为法学家的"优选"(伊斯提赫桑)。优选如果是出于社会公共利益的考虑，则称为"公益"(伊斯提斯拉赫)。上述法律原则和法律技术方法，在沙斐仪之前，从未作过严格的区别，使用得相当混乱。即使被认为较为严谨的类比判断，在方法上同样是简单粗糙的。例如前章里谈及的伊拉克法学派用伸出五指来表示，一个人偷窃价值五枚银币的东西，即可依法判处断其五指的固定刑罚。这一量刑标准完全是随意而定的，五枚银币与五个指头之间没有必然的联系，也不意味着一个人偷窃价值十枚银币的东西，即可依法断其十指。总之，早期的教法学家们尽管出于推理严密性的考虑，已经注意到改进法律技术方法，但仍处在摸索阶段。因而，他们所使用的类比判断方法，在大多数情况下仍然是个人意见的一种论证和表述的形式。所以，要统一纷繁驳杂的法律实体，还必须制定严谨、统一的法律技术方法。

沙斐仪本人对类比判断同样有个认识过程。最初他曾沿用旧的意见判断的方法，后来则认为不论“意见”还是“优选”，都难免带有主观随意性，因而是不可取的，并首次把意见判断与类比判断明确加以区别。沙斐仪之所以屏弃早期教法学派广泛使用的“意见”和“优选”方法，是因为他认为二者在解释、推断法律上有脱离经训指导原则的危险。所以，他在为反驳“优选法”而撰写的第七篇论文里，这两个概念是作为同义词不加区别地交替使用的①。与此同时，他又把普遍形式的推理判断与特殊形式的类比判断看作一回事。“判断即类比判断”，“它们是表示同一意义的两个不同的词语”。② 这样，在沙斐仪看来，将人的理智应用于神圣法律的推导唯一合法和有效的形式，即类比判断。

那末，什么是类比判断呢？沙斐仪作了这样的解释：“关于一个穆斯林日常生活的所有事情，或者有一个有约束力的决议，或者指示了正确答案的方向。如果已作过决议，则应当遵循。如果未指明正确的答案，则需通过判断即类比判断求得解答。”③ 又说，“任何人都没有资格下判断或发表法律见解，除非他以《古兰经》、逊奈或以此为基础而引伸的结论为依据”④，“在没有经典明文或逊奈可依时，学者们可使用类比判断方法，求得自认为正确的结论”。⑤ 从以上引文中可以看

① 沙斐仪：第七篇法学论文。转引自夏赫：《伊斯兰教法学的起源》第121页。

② 沙斐仪：《法源论纲》第491条。

③ 沙斐仪：同上，第493条。

④ 沙斐仪：第七篇法学论文。转引自夏赫：《伊斯兰教法学的起源》第121页。

⑤ 沙斐仪：第四篇法学论文。转引自夏赫：《伊斯兰教法学的起源》第129页。

出，所谓类比判断，指的是在审理案件或解释法律时，如在经训原文和已有的原判例里均无据可依，则以类似的惯例、原则或方法为依据，通过分析、比较、归纳，求得解决的一种法律技术方法。显然，类比方法是对早期教法学家理性思辨活动的一种严格规范和限制。按照沙斐仪的解释，类比必须以经训的明文为据，其结果不得违反经训，否则无效；类比只能以带有普遍意义的原判例为前提，特殊的例外和通过类比判断得出的新判例不得作为类比的依据；如果一则类比判断与几个原判例意义相近，只能根据意义最接近的原判例得出结论，但也容有不同的前提和结论。

尽管沙斐仪对类比判断规定了种种严格的限制，不同人的类比仍可能导致完全不同的结论。这是因为类比本身并不是一种科学的方法，类比的前提如不能成立，尽管判断的过程完全符合形式逻辑，仍可能导致荒谬的结论。所以，沙斐仪对类比的可靠性是抱有怀疑的，虽然他本人也广泛运用这种方法，甚至以此来断定圣训传说的真伪。

类比判断是建筑在圣训派所共有的神学认识论的基础之上。按照这种认识论，源自神启的知识是无限的和不谬的，而来自人的理性的知识，则是有限的和易谬的。正是基于这种认识，沙斐仪把法律知识区分为两大类：一类包含字面和精神两方面的真理性，即直接源自经训的法律知识；一类仅有字面价值，教法学家和宗教学者们的知识即属于此类。这类知识仅为深谙经训和法律的少数专家学者们所了解，只有他们有资格创制法律，也仅对他们自己才有约束力。所以，类比判断之结果只有经过公议的核准，才产生法律效力。

# ○ 第五章

## 古典法学理论的形成

沙斐仪时代，法学理论争论的核心问题，即人的理智与安拉启示之间的关系问题，它也是教义学长期争论的焦点。早期诸法学派内部的主流派注重理性，主张按照各地的实际情况，灵活解释法律，而圣训派则强调经训的拘束力，厌恶、排斥人的理性活动。沙斐仪力图将理性思辨和逻辑论证纳入神启容许的有限范围之内，以调和理性与神启的矛盾。因此，伊斯兰教法学的未来发展方向，在很大程度上取决于后世学者们对沙斐仪的法学理论，特别是圣训立法的理论所持的态度。一般而言，反应可谓各异：热烈支持者有之，勉强接受者亦不乏其人，但无人公然表示拒绝。约至公元10世纪或稍晚，教法学家们中间逐渐形成带有一定权威性的法学理论体系，学术界后来称之为“古典伊斯兰教法学理论”，沿用至今。

### （一）古典法学理论产生的历史背景

如前所述，伊斯兰教法学是伴随着宗教学者阶层的崛起而产生的，而以圣训派为核心的宗教学者政治地位之巩固，

则同逊尼派宗教思想之成熟相辅相成，这两方面又都同阿巴斯王朝初期的统治思想之争有直接的因果关系。

我们知道，阿巴斯王朝的阶级基础，包括两个互相对立的权势集团。一是在推翻倭马亚王朝过程中出过大力的波斯集团，特别是中亚的呼罗珊集团。站在这一集团方面的，包括倭马亚时期留用的波斯萨珊王朝的文职官员、接受波斯影响的伊拉克阿拉美人新穆斯林上层和积极参加反对旧王朝起义的十叶派同情者。这部分人深受古代波斯和希腊文化的影响，文化素养较高，大多笃信火祆教和基督教。后来许多人改奉了伊斯兰教，但并非出自宗教信念，而是为了抬高自己的身价，追逐世俗权力，因为按照惯例，国家的高级官吏只能由穆斯林担任。阿巴斯王朝沿用波斯萨珊王朝的行政制度，这使文职官员出身的波斯集团找到了晋升的阶梯。公元763年，王朝首都自大马士革迁至新都巴格达以后，波斯集团影响日增，国家的文职行政官员多由波斯人担任。例如，这一新兴集团的头面人物，波斯原籍的巴尔马克家族，其首领曾长期出任阿巴斯王朝首相。

波斯集团权势的增长，一方面扩大了王朝的统治基础，同时也打破了统治集团内部权力分配的惯例，引起旧有的阿拉伯军事贵族的不满。阿巴斯王朝的另一支柱，是正在兴起的、包括教义学家、经注学家、圣训学家、教法学家在内的宗教学者和宗教职业者阶层（统称为乌里玛）。在统治者提倡的“伊斯兰化”和“君权神授”思想的影响下，这一利益集团的权势急剧膨胀，许多人被任命为卡迪、穆夫提等圣职，成为神圣法律的权威解释者和监护人。由于他们通晓经训、熟悉教法，他们还一手把持了正在形成的、以清真寺为中心的传统

宗教教育的权力。为了约束权势日增的宗教学者阶层，阿巴斯统治者不断对其施加压力，要求他们求同异存、捐弃分歧，建立共同接受的法学理论观点和法律学说，但收效不大。

上述两大既得利益集团之间的权势之争，因当时日趋尖锐的教派纠纷和宗教神学争论而有一触即发之势。其中，尤以穆尔太齐赖学派提出的《古兰经》"受造"说最为敏感，因为支持还是反对这一带有唯理论倾向的学说，直接关系到阿巴斯王朝的立国思想基础和两大权势集团的地位问题。宗教学者们坚持《古兰经》是非造的，是安拉德性的一部分，它与安拉同在。因而，它是无始无终、永恒存在的最高实体和绝对真理。经典的权威是不可动摇的，无须通过理性加以论证。这在实践上意味着，国家只能以沙里亚法典为基础，国家元首哈里发同样必须受神圣法律的拘束，而伊斯兰学者则是教法公认的权威解释者。其地位不言自明。文职官员们则认为，《古兰经》是安拉的创造物，犹如人体的一个器官，不能同安拉的本体属性相提并论，唯有安拉才是无始无终的永恒存在。因而，《古兰经》不具有永恒的真理性。这意味着，理性可以脱离信仰，王权可以无视经训，哈里发可以不必拘泥于神圣法律的字面意义。这样，文职官员们在国家中的地位和权势，同样是不言而喻的。

两大集团之间争权夺利的斗争，在神学争论外衣的掩饰下，经历了三个阶段。哈里发哈伦当政时期（786—809），依靠前一集团，限制后一集团；哈里发马孟当政时期（813—833），强制推行穆尔太齐赖学派的《古兰经》"受造"说，以"异端审判"的名义压制反对派，约束权势日增的宗教学者阶层，旨在调和矛盾、扩大王权；而到哈里发穆塔瓦基勒

当政时期（847—861），则正式撤销了令人恐怖的异端审判所，确立了一项继续依靠宗教学者和正在崛起的突厥新穆斯林的基本政策，以维护其统治。这场历时近百年之久的统治思想之争，导致两大意义深远的后果。一是在逊尼“正统派”与穆尔太齐赖“异端派”的神学思想争论中，自穆尔太齐赖营垒里反戈一击的艾什尔里学派，以温和、折衷主义的经院神学的面目，逐渐取得统治地位，成为万流归宗的“新正统派”，从而巩固和加强了逊尼派伊斯兰教的思想统治；一是在这场教派斗争中，以圣训派为核心的大批阿拉伯籍穆斯林和追随他们的突厥籍新穆斯林中间，因政治斗争的需要，开始萌生出一种要求认同宗教信仰与民族特性的求本溯源的观念。从这时起，他们开始有意识地自称为“逊奈遵守者”或“逊奈和大众派”①。这种思想意识是9世纪阿拉伯化和伊斯兰化的一个直接结果。这一既区别于十叶派和哈瓦利吉派，又迥异于穆尔太齐赖学派的逊尼主义之形成，标志着逊尼派在政治意识和宗教学说两方面都日臻成熟了。

逊尼派之巩固，唯理派之衰微，与阿巴斯王朝初期统治集团内部的权力之争相伴随、相始终。到公元850年，即沙斐仪去世后仅20年，权力之争宣告结束，从此确立了以圣训派为核心的逊尼派的思想统治。这种政治气候为沙斐仪法学理论的巩固和发展提供了良好的土壤。或者说，它正是这一历史背景下的特定产物。

自然，就思想材料而论，教法学的发展显然离不开经注

① 据英国学者M.瓦特考证：逊尼派名称首次使用约于公元997年。此前没有统一名称，还使用过“逊奈派”、“圣训和大众派”、“逊奈和正道派”、“真理和大众派”等称谓。逊尼派是逊奈和大众派的简称。

学、教义学、圣训学三大姊妹学科的发展。自沙斐仪去世后，这三个传统宗教学科都取得了长足的进步。经注学有权威的伊本·塔伯里多卷本的《古兰经注》面世；教义学有伊斯兰教经院哲学奠基人艾什尔里的《伊斯兰教义学大全》；而在圣训学领域，则有布哈里、穆斯林等著名圣训学家汇辑的各种权威版本的圣训“实录”。上述宗教学科的蓬勃发展，无不同教法学的发展互相促进、相辅相成。这些学术成果为沙斐仪法学理论体系的巩固和发展，准备了必要的思想条件。

## （二）圣训学的产生与古典法学理论的形成

### 1. 独立的圣训学的产生

到公元9世纪末，伊斯兰教法学在吸取沙斐仪法学理论的基础上，又有了新的发展。其间，法学发展最显著的特征，是出现了独立的圣训学。圣训学的形成有诸多原因，但教法学发展的需要，无疑是最重要的因素。新的立法和完善法制的需要，促使许多学者致力于圣训传说这一巨大的“知识宝库”的开发工作，而大量圣训传说的“新发现”，反过来又促进了圣训立法的发展。各种权威版本圣训“实录”的陆续出现，明显增强了圣训立法的地位，为之提供了充实的思想材料。以往的圣训立法，基本上是以口头相传的圣行轶事为依据，而今则可宣称，这些立法是源自经过专家学者筛选、考定过的、正式记载的圣训“真本实录”。浩如烟海的圣训传说之出现，大大扩充了业已形成的伊斯兰教法的实体，增加了大量新内容。在这个意义上不妨认为，没有圣训就没有

伊斯兰教法。诚如英国学者伯纳·路易所指出："圣训的整理工作产生了伊斯兰教法和阿拉伯国家的历史科学，教法和历史实际上就是在圣训中关于立法和传记的材料的基础上发展起来的"①。

当然，如同中外许多学者，其中包括一部分穆斯林学者早已指出的：圣训学并非一门严谨的科学。这主要是因为传统上圣训考证只限于一则圣训的传述线索是否完整、可信，很少顾及圣训本文的真伪。而且考证时又特别注意传述人在品格上是否属于虔诚之士。这种重视宗教道德的传统方法，酷似中世纪伊斯兰法庭对证人提出的举证要求，一个传述人只要在品格上未发现有污点，他所传述的"圣言"、"圣行"，就像证人提供的证词一样，被认为是真实可信的。所以，这种考证方法难以达到"去伪存真"的目的。即使那些享有盛誉的圣训"真本实录"，同样不能排除假托、伪造、误传的成分，特别是有关法律题材的圣言、圣行，多为后世所虚构。但是，我们不应据此否认圣训立法的价值和意义。这里可以提出两方面的理由：

首先，这是一种历史的必然。任何社会立法无不同一定的权威相伴随，否则法律便毫无意义了。而在历史上的阿拉伯伊斯兰社会里，继神圣的《古兰经》之后，除穆罕默德这一众望所归的历史人物外，再没有更合适的权威者。既然古朴的《古兰经》立法不能满足日益复杂化的社会现实生活的需要，新的补充立法只有采取圣训的形式，才能取得广泛的社会支持。因此，这种"以假乱真"是完全符合事物发展的规律的。其次，对所谓假托、伪造应加以分析，不可一概而

① 伯纳·路易：《历史上的阿拉伯人》中译本，中国社会科学出版社，1979，第155页。

论。虽然涉及立法主题的圣训，多半为后世所虚构，但其中有关穆斯林大众日常生活的内容，诸如宗教礼仪、婚姻家庭、遗产继承的判例和规定，有些很可能源自穆罕默德时代，它们完全可能通过口头流传、民俗习惯、国家行政惯例等方式延续下来。而且，我们还应当承认，所谓假托、伪造并非毫无根据的胡乱编造。其中有些很可能是因为早期的法学家们慑于圣训立法的思想压力，不得不把自己所珍重的法律学说伪装为“圣训”的形式，以争取一块安身立命之地。大量的则是后世的教法学家们迫于立法的需要，根据当地的实际情况提出的补充立法。这些内容尽管不能回溯至穆罕默德时代，但它们同样从各个方面反映了晚期穆斯林社会的理想、情操、道德和风俗习尚。因此，从历史考察的观点看来，重要的不在于论证一则伪圣训如何“荒诞不经”，而在于通过对伪圣训缘起的考证，揭示教法学发展、演变的历史真相。

### 2. 古典法学理论的形成

至公元10世纪末或稍晚，法学家们在融合、吸收沙斐仪法学理论的基础上，提出了更系统、更精致的法学理论体系，即所谓“古典法学理论”。这一新的法学理论，保留了沙斐仪法学理论体系的基本框架，但在内部构成上作了相应的调整。古典法学理论首次就教法（沙里亚）和教法学（斐格海）作了明确的区别。教法被界定为安拉命令（主命）之大全，为神圣意志的最高体现。而教法学则是一门技术学科，其宗旨是了解和认识安拉颁布的神圣指令。古典法学理论承认四个法律渊源：（1）经典，即记录于《古兰经》里的安拉的诫命；（2）圣训，即记录于圣训实录里的先知穆罕默德生前的言行；

(3)公议，即各个时代有代表性的权威法学家们的一致意见；(4)类比，即权威法学家个人根据已知的前提推导的结论。较之沙氏的法学理论体系，古典法学理论更加强调了圣训立法的地位和作用，恢复了权威法学家公议的历史地位，用类比判断代替了法学家的个人意见。

古典伊斯兰教法学理论继沙斐仪之后，成功地实现了理性与神启的妥协。上述四个法源中，经典和圣训为基本法源，它们是不谬的，永世长存的。其中尤以圣训律例更为重要，因为《古兰经》立法时代久远，内容有限，而圣训立法则是后来的产物，它不仅解释、补充《古兰经》立法，实际上还可以废止某些不合时宜的经文。类比判断只是掌握法律知识的一种技术方法，教法学家们有限的理性活动是借助这一方法而实现的。但类比判断之结果，仅被视为一种带有惑然性的推断，它们只有取得公议的核准，才产生法律效力。可见，在这个法学理论体系中，起主导作用的是法学家们的公议。

公议的地位和功能问题，是古典法学理论与沙斐仪法学理论的根本分歧点。沙斐仪把法律实体的纷繁驳杂归诸于早期法学家的公议不谬说，因而主张以穆斯林大众的统一意志取而代之。而后世的法学家们则修改了沙氏的意见，重申了旧的公议概念。这一修改不仅仅是为了抬高教法学家们自身的社会地位，也是立法的一种需要，因为公议具有二重性。早期的公议包含有打破常规的积极意义。例如，麦地那哈里发时期实行的推举制原则，不论从经典还是“圣行”中都没有先例可循，完全是一种创造，而公议则可以给予确认。初期的公议还具有兼蓄并容的性质，当然这种宽容精神仅限于对既成历史事实的一种默认，旨在调和不同教法学派之间的

矛盾。例如，哈乃斐和马立克两个教法学派拒绝接受“单传圣训”和严格类比的拘束力，而以法学家的“优选”和麦地那的“公益”原则取而代之，而公议则对此表示默认。但是，这种求同存异功能并非公议的永久性特征。不久，公议就表现出它所固有的禁束性和排他性。就某一有争议的法律问题而言，公议一旦形成，即被看作是不容更易的；违反公议，则为“异端”。这种僵化性还表现在公议容有歧见的问题上。例如，如果传统上教法学界承认两种不同意见，提出第三种见解，则为悖逆公议。虽然在理论上并未明确排除后人纠正前人谬误公议的可能性，而在实践上则是根本行不通的。公议的禁束性，妨碍了伊斯兰教法学的发展，使之成为一个封闭的体系。

## （三）因袭传统观念的影响

在伊斯兰教法的形成期，各种不同观点的法学家们都可以自由发表意见，探讨法律问题，呈现出百家争鸣、生动活泼的局面。然而，这种自由讨论的传统是短命的，这是古典伊斯兰教法学理论体系内在矛盾的必然结果。古典法学理论，一方面把法的基本渊源归诸于不可违抗的主命，另一方面，又赋予教法学家以解释法律的最高权威。结果，权威法学家们成为安拉意志的代言人，他们的公议成为天经地义的真理。自沙斐仪去世以后，古典公议说逐步取得统治地位，其权威性后来被表述为两则伪圣训：“我的教界的一致意见是决然不谬的”；“凡穆斯林大众视为公正的，在真主看来也是公正的”。①

① A.兰伯顿：《中世纪伊斯兰教里的国家和政府》，牛津，1981，第19页。

这两则伪圣训的出现，标志着公议不谬说已广为教法学界所接受。这意味着，唯有早年的权威大师们有资格创制法律，发表见解，形成公议，而后世学者只能遵从前人的结论。随着公议覆盖面的不断扩大，类比判断的领域日见狭小，而教法学家个人自由解释法律的权利，则被剥夺了。自13世纪下半叶，法学家们中间逐渐形成这样一种认识：随着古典法学理论的形成，创制法律的重任已告完成，伊斯兰教法已经完美无缺，所有重大的疑难问题已获得完满的解决，后世的教法学家们只需遵循前人的结论而无需“创制”。这种遵循传统的观念，在法学术语里称为“塔格里德”。它的出现标志着“创制”大门的关闭，理性火花的止熄，从此法律学说日趋僵化。这个变化，现代的穆斯林学者们称之为“独立判断制度向因袭传统制度的过渡”，它标志着伊斯兰教法形成期的终止。此外，外部历史条件的变化也限制了它的继续发展。自公元945年以后，作为逊尼派伊斯兰教精神象征的阿巴斯哈里发国家已从极盛走向衰落，边远省分纷纷独立，形成割据局面，统一的哈里发国家已不复存在。在哈里发国家的中心地区，实权已落入十叶派的白益王朝(945—1062)的军事将领们手里，巴格达的哈里发形同虚设，成为任人摆布的傀儡。政权的旁落，意味着逊尼派的思想统治已暂时为十叶派所取代。

自10世纪，特别是1258年蒙古铁骑攻占巴格达以后，逊尼派法学家们在失去政治庇护的情况下，开始系统地汇集、整理前人的法律著作，以捍卫信仰的纯洁性和完整性。这样，因袭传统观念又在伊斯兰法律文献里得到强烈的表现，成为编书的指导思想。在法学家们的积极努力下，陆续产生了一

系列诠释、注疏早年权威大师们法律学说的著作。① 编著家们把早年法学家们的著作奉若经典，只作评注，不敢妄加发挥。为便于读者查考，这类注疏性的法学著作，一般都附有术语表、略语表、不同法律观点对照表、著名法学家的生平略传等。这类法律文献不论在内容上还是在形式上都一味模仿古人，毫无创造，连书中的编排体例也都大同小异，千篇一律。例如，前五章通常论述宗教礼仪和宗教基本功课，其中不包括信仰表白（即证主）；这部分内容因过于复杂，收入另一独立的宗教学科，即教义学。以下的次序是：商业交易、遗产继承、婚姻家庭关系、人身伤害、刑罚、圣战、盟誓、审判与证据、释放奴隶等方面的有关规定。② 这类由后世教法学家们整理、编著的伊斯兰教法律课本，赋予教法以一成不变的学说的形式，被各法学派奉为本派的权威之作。在这个意义上可以认为，即使在逊尼派内部，也找不到一部众所公认的、统一的伊斯兰教法。然而，正是这些因法学派而异的、带有属人法性质的伊斯兰教法律课本，代表了对沙里亚法典的权威解释，成为伊斯兰法院教法执行官（卡迪）唯一的审判依据。

## （四）各法学派之间的共存共容

沙斐仪虽在法学理论上取得了很大的成果，但统一法律实体的目的未能如愿以偿。原因有二。

① 这类文献多产生于14世纪。主要有马立克：《穆瓦塔圣训集》；哈尼法：《教法大全》；沙巴尼：《穆瓦塔圣训集》；艾卜·优素福：《论税赋》；沙斐仪：《法源论纲》；伊本·罕百勒：《穆斯纳德圣训实录》等。

② 详见本书附录3。

首先，早在沙斐仪系统地提出他的法学理论主张之前，伊斯兰教法的实体已初具规模，库法的哈乃斐教法学派和麦地那的马立克教法学派已经定型。他们不愿放弃在当地民俗习惯和行政惯例基础上形成的法律学说。圣训立法的地位确立以后，两派都以改头换面的方式，将大部分法律主张表述为“圣训”的形式，保留下来。少部分未表述为圣训的内容，则从9世纪起，逐步加以条理化、系统化。结果，不仅留存下来，而且在许多方面修改和补充了沙斐仪的理论。例如，哈乃斐法学派曾提出一个著名的论断：“增补即废止”。意即如果关于同一问题有两段互不一致的“圣训”，则增补新意的那则圣训可以废止另则。这一论断是由两则有争论的圣训传说所引起。一则说，一名证人的举证再加上投诉人就所诉事实立下的誓言保证，可视为有效的证据；另一则说，对私通的刑罚是抽一百大鞭和判处流刑一年。这两则圣训所反映的内容，原为倭马亚时代的司法惯例，为哈乃斐派所不容。但是，由于该派后来已接受了圣训立法原则，所以只得求助于经典，而《古兰经》里只提到了四名证人作证和对私通者处以鞭刑①。所以，这两则圣训增补了新意，含有废止意义，只能根据废止原则（纳斯克）判定。但是，它们属于仅有一个传述人的“单传圣训”，按照该派的一贯原则，不足以废止经文，故没有拘束力。这在实际上等于修改了圣训立法原则。

其次，对圣训立法原则的极端态度，同样引起了不同的法律实体。沙斐仪的支持者中间，后来又派生出以伊本·罕百勒为首的罕百勒教法学派和以伊本·卡拉夫为首的札希尔教法学派（表义学派）。两派的共同特征是在创制、解释法律

① 《古兰经》24：4。

时，墨守经训原文，排斥理性活动，素有“经典派”之称。严格说来，伊本·罕百勒只是一位圣训学家，据说他曾收集圣训八万余条，汇集成《穆斯纳德圣训实录》。札希尔法学派坚持立法只能以经训的字面（札希尔）意义为基础，又称字面派。但该派不久便销声匿迹了。

这样，在进入10世纪以后，逊尼派法学家们尽管普遍接受了古典法学理论，但仍保留了四个互有区别的教法学派。其中影响最广泛的，当推曾得到阿巴斯王朝和奥斯曼帝国官方支持的哈乃斐法学派。该派在创制法律时，主要根据经典，审慎引用圣训，对类比和公议的运用较为灵活，特别强调执法者和法学家的个人意见，故有“意见派”之称，主要流行于中东地区和印巴次大陆。其次是马立克教法学派。该派在制定法律时，除依据经典、圣训、类比外，特别注重麦地那的社会习惯，因而又有“传统派”之称，主要流行于北非、西非和中非。沙斐仪法学派在创制法律时，兼重圣训和类比，介于以上两个法学派之间，称为“折衷派”，其影响主要是在东非、南阿拉伯半岛和中亚。而以“经典派”著称的罕百勒法学派，则是名副其实的原教旨主义派别。该派在创制法律时，很少使用类比，极力反对个人意见和穆尔太齐赖学派的“意志自由”论，同时严厉谴责公议不谬说。这种不妥协的态度尽管在历史上曾使它名噪一时，但也限制了它自身的发展。因而，该派的影响仅限于今沙特阿拉伯王国境内。

自10世纪以后，各教法学派之间的对立情绪渐趋和缓，代之以共存共容的关系。这种互相妥协和礼让的倾向，是由三方面因素所决定。第一，教法的实体并非司法实践的积累，法学理论上的分歧对法律实体影响较小，而主要分歧已通过

求同存异的方式，获得解决。例如，沙斐仪法学派对哈乃斐法学派的法官“优选”原则和马立克法学派的“公益”原则表示默认，而后两个法学派则尊重沙斐仪法学派所推崇的类比判断原则和“单传圣训”的拘束力。第二，哈乃斐和马立克两个最古老的教法学派，并未因为圣训立法的兴起而大量放弃原有的法律学说。相反，其学说大多以“圣训”的形式得以保留下来，少部分则以公议的形式，得到确认。第三，教派纠纷和神学争论已告结束，对法学思想影响至深的穆尔太齐赖学派已不复存在，教法学与教义学已经分离了。例如，一贯拒绝艾什尔里新正统教义的罕百勒法学派，同样被承认为权威的古典法学派之一。

各法学派之间的隔阂一旦消除，随即出现了互相影响、互相吸收的思想倾向。仅举两例。首先，关于人身伤害案件，各教法学派都承认誓言保证程序，但解释互异。对马立克法学派，它是认定罪行的一种习惯方式。被告本人的供认或法律上通常要求的两名证人的举证，不足以认定犯罪事实，还必须有其他的“迹象”，再加上被害人血亲的50人次的誓言保证，所控的罪名才能成立。所谓杀人的“迹象”，马立克派称为“涉嫌”，指被害人临终前的指控，或目击者的旁证。沙斐仪派对“涉嫌”作了更广泛的解释，指可以用来指控被告有罪的一切场合。马立克学派后来受沙斐仪学派的启发，对“涉嫌”作了新的解释，其中包括在死者现场附近发现被告，身上有血迹等证据。其次，关于婚姻关系中的“门当互对”原则。这一原则，最初始自较早进入市民社会的库法法学派（即哈乃斐教法学派），原指配偶双方在身世、门第、职业等方面必须相称，反映了进入封建社会后的择偶标准。后来这

项原则流传至麦地那，为马立克法学派所接受。但在麦地那，它却成为维护父权制婚姻监护人权益的一种手段。监护人有权以“门第不相当”为理由，解除子女自行缔结的婚约。

总之，不同教法学派之间的融和、吸收仅仅是表面的，彼此之间仍有一些分歧。但是，逊尼派所共有的宽容精神使这些分歧成为寓于同一性之中的差异性，如一则阿拉伯谚语所说，它们是“一棵大树上长出的枝叶”。这种求大同存小异的互让互谅思想，后来被表述为如下的信念：“有三百六十条大道通向永恒的真理”“我的教界之间的差异是真主恩典的表征”。①

① 阿布·哈尼法：《教义学大纲》第7条。转引自文辛克：《穆斯林信条》第2版，新德里，1979，第104页。

# ○ 第六章

## 十叶派教法体系

除以四大教法学派为体现的逊尼派教法体系外，伊斯兰教的十叶派和哈瓦利吉派也有独立的教法体系。对此，国外学术界曾有过争议。一种意见认为，十叶派和哈瓦利吉派教法系以逊尼派教法为基本框架，只是根据各自教义的需要，作了某些表面上的修饰。① 另一种意见认为，上述观点只适用于哈瓦利吉派，而十叶派教法有独特的法源理论，法律实体亦有明显的差异，是一个独立的教法体系。② 本书赞同和采纳后一种意见。

### （一）十叶派的伊玛目学说

十叶派之所以形成独立的教法体系，原因固然很复杂，但主要是因为该派的政治信仰不同于逊尼派，而其教义、教法体系上的差异则是政治分歧的必然结果。

逊尼派与十叶派争论的焦点是政治继承权问题。逊尼派赞同政治权力的“自然”转移说，承认前四代哈里发均为先

① 夏赫：《伊斯兰教法学的起源》第260页。
② 库尔森：《伊斯兰教法律史》第85页。

知穆罕默德的合法继承人，而十叶派则信奉政治"合法主义"，只承认第四代哈里发阿里（奉为该派第一代伊玛目）为先知穆罕默德的合法继承人。不同的政治信念后来导致两种不同的宗教、政治体制。逊尼派的哈里发学说实为一种世俗性学说，认为哈里发作为先知的继承人、代理人，他所继承和代理的是国家的政治权力。其基本职能是一位世俗统治者的职能，他是国家元首，但不再是穆斯林信众的精神领袖。在宗教事务上，哈里发必须尊重"安拉之法度"，按照神圣沙里亚的精神行事。而十叶派的伊玛目学说则与此完全不同。按照这种学说，伊玛目的地位、权威和职责为安拉的意志所确定，伊玛目身上具有神性，伊玛目系安拉所任命，为神圣律法的监护人、安拉在人世间公开的或隐蔽的代理人、见证人，其言行为安拉迹象的体现。因此，伊玛目制度是一种不容侵犯的神圣制度。两派政治学说的主要区别是：

第一，关于政治制度的必要性。逊尼派教法学家认为，哈里发制度为神圣沙里亚所规定，同时也是出自穆斯林大众物质福利的需要，但它并非出自人类理性的需要，其依据是教法和圣训。而十叶派教法学家则认为，伊玛目制度同样源自安拉的意志，但它不仅不排斥人的理智，而且需要以"圣训"和理性予以双重的论证。为此，他们宣称伊玛目是安拉仁慈的象征，安拉深知世人的弱点和过失，乃派遣伊玛目以其才智引领世人坚持"安拉的正道"；伊玛目是神圣律法的监护人和权威的诠释者，以保障律法不被曲解、篡改，故伊玛目是安拉公开的或隐蔽的见证人、代理人。

第二，关于伊玛目的品格。逊尼派法学家曾就哈里发的品格作过系统的论述，但他们深知哈里发并未超凡脱俗，他

也有一般常人的种种弱点。因而，他们甚至对不称职的哈里发也表示宽容，承认其合法地位，强调“国不可一日无君”，反对混乱和无政府主义。而十叶派教法学家则极力美化、神化其伊玛目，从各方面论证其神圣性、不谬性，相信伊玛目为完美人格的体现，他从生至死都超脱一切大小、故意的或偶然的过错或闪失。伊玛目“无罪过”说为其基本教义之一。据此又有伊玛目“不谬”之说。

第三，关于伊玛目的产生方式。逊尼派教法学家以麦地那哈里发时期的惯例为据，提出哈里发的协商制或推举制原则，这项原则后来虽遭到世俗统治者的践踏，但他们仍坚信不移。而十叶派教法学家则断然否认推举制原则，认为伊玛目的“无罪品格”唯有安拉知晓，一般民众因怀有偏见或私心杂念，缺乏明辨是非的能力。因此，推举制不可能产生理想的人选。而圣训和理性皆要求信众服从安拉和使者，包括拥戴他们差遣和任命的伊玛目。

第四，关于伊玛目的职责。就逊尼派而言，哈里发是一种世俗性职位，其职责主要是执行教法，行使政治权力，保卫国家的安全和穆斯林民众的合法权益。而就十叶派而论，伊玛目则是一种神圣职位，其职责是政教合一的国家元首和精神领袖的职责，其权威包括教务、俗务两方面，其中尤以神权职能更为重要，世俗职能渐居次要地位。

综上所述，十叶派伊玛目制度的根本特征在于，它在理论上和教义上承认神圣、完美的伊玛目实际上是安拉与广大信众之间的中介，他是知识的源泉、教法的权威诠释者、监护者，其决断永无谬误，为立法、执法的根本依据，系不可违抗的安拉意志之体现和证明。故此，十叶派的伊玛目学

说实际上也是该派教法体系的基石。

然而，如同“逊尼派教法”一样，“十叶派教法”也是个含义不定的习惯用语，因为十叶派内部有三个分支，各支派之间在所奉伊玛目的数目、传承和合法性问题上存有分歧，在此基础上形成的教法理论亦互有差异。欲了解寓含于同一性之中的差异性，还需要就各支派的教义作进一步的分析。

1.栽德派

约产生于8世纪中叶，由十叶派三世伊玛目侯赛因之孙栽德·本·阿里(740年卒)的追随者所组成。相传栽德原为穆尔太齐赖学派成员，曾受该派“意志自由”和“古兰经受造”说的影响。栽德派在教义上长期陷于分裂，内有八个支派。其政治学说在十叶派中最接近逊尼派，除宗奉阿里为穆罕默德的合法继承人外，还承认前三代哈里发的合法地位。认为凡属阿里后裔，博学、善战，无论是否属于直系，均有资格继承伊玛目职位。该派只相信五位可见的伊玛目，否认“隐遁伊玛目”之说，认为伊玛目的传承不可能连绵不断，而一个时代可以有几个各自独立的伊玛目国家。该派内部未形成统一的教法学派，但各学派之间较为宽容。因其在教义、教法上接近逊尼派传统，亦有“第五教法学派”之称。

历史上栽德派建立过三个政权。9世纪下半叶曾在伊朗北部（里海附近）建立一个伊玛目国家，历时二十代。另一支派曾在北非创建伊德里斯王朝(789—926)，但它并非十叶派国家，后被伊斯玛仪派的法蒂玛王朝所灭。还有一个支系即也门的伊玛目国家，亦称拉希德王朝，始建于9世纪，延续至今。

### 2.伊斯玛仪派

得名于创始人伊斯玛仪。8世纪中叶，十叶派六世伊玛目加法尔·沙迪克(700—765)鉴于长子伊斯玛仪早亡，改立次子穆沙·卡西姆为继承人，引起内部纠纷。伊斯玛仪去世后，其支持者自立派别，宣称可见的伊玛目仅有七位，伊斯玛仪为第七代，也是末代伊玛目，即“隐遁伊玛目”。遂形成伊斯玛仪派，俗称“七伊玛目派”。

在同逊尼派和主流派十二伊玛目派长期斗争中，伊斯玛仪派的布道师们(达伊)接受了新柏拉图主义等外来思想影响，将它们同伊斯兰教教义融为一体，形成了独特而复杂的哲学体系和以神秘主义为特色的教义、教法学说。其基本信仰包括：信奉七位可见的伊玛目和“隐遁的伊玛目”（马赫迪）终将复临，铲除人世间的邪恶和不平，使苦难者重见光明；相信伊斯兰教教义有表义、隐义之分，表义即对天启经文公认的注释及经中有关教法的规定，它们仅有字面的价值，因各个时代先知的不同而时有变化；隐义即隐含于经文和律法中的原则、真理，它们具有恒久价值，但隐义非一般人可洞悉，唯有经过伊玛目、达伊的“破译”，才能了解其玄义。由此形成一套神智学体系。此外，还信奉神秘数字“七”，相信它是生命和宇宙的本原，代表受命于安拉的七位先知及其启示的天经的原型，为阴阳相合的象征，生命和宇宙皆由此而来，历史的循环周期亦由此而定。① 其伊玛目教义同它的哲学宇宙观和历史观浑然一体，密不可分。相信人类历史周期经过七代，每一代伴之一位受命于安拉的天使，每一天使之后皆有七位传达其旨意的伊玛目，而以七世伊玛目品级更

① 参见《伊斯兰教百科全书》，莱顿，1978年第4卷，第198—206页。

高，他同时又是下一周期的天使，他将废止前代天使传达的旧教法，代之以新教法。而在先知穆罕默德时代，伊斯玛仪即是未来的启蒙天使，他将破译隐义的真理，揭示一部没有表义的伊斯兰教法，引领信众坚守"正道"，迎接末日审判的来临。

较之十叶派其他支派，伊斯玛仪派内部派系更为复杂，其教义、教法主张亦互有差异。10至12世纪，该派曾在北非建立法蒂玛王朝(909—1171)。目前该派穆斯林计约700余万人。其中尼札尔派（东派）和穆斯塔尔里派（西派)约161万人，主要分布于叙利亚、伊朗、阿富汗、印度、巴基斯坦等地；阿拉维派约100万人，主要分布于叙利亚、土耳其和黎巴嫩；阿里伊拉希派约400万人，主要分布于土耳其、伊拉克、伊朗和阿富汗；德鲁兹派约44万人，主要分布于黎巴嫩、叙利亚、约旦和以色列。阿萨辛派和卡尔马特派为历史上的教派，今已不复存在。

### 3.十二伊玛目派

约产生于9世纪下半叶，因承认十二位伊玛目而得名，为十叶派中信众人数最多、影响最大的主流派。通常所说的十叶派，主要是指十二伊玛目派传统。

该派宗奉从阿里至穆罕默德·马赫迪为止的十二代圣裔为伊玛目。但末代伊玛目于878年突然失踪，后长期下落不明，该派信众相信他没有死，而是被安拉隐蔽于世人莫及之处，他将以救世主的身分重返人间，铲除暴虐，使大地充满正义。由此形成"隐遁伊玛目"学说。十二伊玛目派基本教义正是围绕着伊玛目的数目、品格、传系、职能及"隐遁伊玛目"的复临展开的，留下了浩瀚的著作。其基本内容包括：

相信伊玛目是安拉差遣人世间的使者和代理人，他具有非凡的才智、完美的品德，从不会有过失，为安拉意志的化身和证明，是经典、教义的权威诠释者、神圣律法的决断者、监护者，其言行为信众效仿的榜样。其教义兼重明义和隐义，它们互为表里、相辅相成，既没有离开隐义的明义，亦没有离开明义的隐义。其教义的形成、演进分为四个阶段：

（1）初创时期。按该派的解释，这一时期上起首任伊玛目阿里当政之时，下至末世伊玛目进入“大隐遁”（940年）为止，历时近三个世纪。其突出特征是伊玛目生活在信众之中，为信众提供直接的引导，伊玛目们不仅有大批追随者，还留下一批经后世整理的著作。但这时尚未形成系统的教义、教法、制度。

（2）形成时期。上自“大隐遁”始，下至蒙古铁骑西侵（1258年）。其突出特征是形成“隐遁伊玛目”教义，认为末代伊玛目终将重返人世，而复临前的一段等待时期称为“小隐遁”时期，由四代代理人代行其职责，称为“四门”，分别称为“巴布”（门）、“沙非尔”（使者）和“纳伊布”（代表者，有二位）。自941年，人世间不再有“隐遁伊玛目”的代理人，称为“大隐遁”时期。这一时期，十叶派圣训学家汇集了本派圣训集，形成以圣训为基础的教法架构。

（3）深化时期。自14世纪初至沙法维王朝兴起。其间最显著的特征是伴随着苏非派的兴起，十叶派教义开始同伊本·阿拉比的哲学思想相结合，苏非神秘主义与十叶派信仰体系相结合，产生了沙法维时代的认主学、神智学、灵知学，进一步深化了十叶派教义。

（4）定型时期。自沙法维王朝建立至今。1502年沙法维

王朝立十叶派（十二伊玛目派）教义为国教，极大地加强了十叶派的地位，其教义与伊朗民族主义相结合，开始产生广泛的影响。到卡加尔王朝，乌苏勒教法学派兴起，对教法传统予以调整，形成包括理性在内的新的法源理论体系，老的阿赫巴尔教法学派渐趋衰微。至此，十叶派教法体系基本定型。

## （二）十叶派教法体系的形成

逊尼派与十叶派均以《古兰经》为立法、行教的最高依据，只是对经义的理解和注释不尽相同。8至9世纪伊斯兰教法形成之际，两派教义上的差异尚未对教法的理论和实体产生明显的影响。最初两派教法思想倾向基本上是一致的，其法律的原始材料、推理的一般方法、立法的权威依据等，并无很大的差异。十叶派教法学家以《古兰经》、逊奈和伊玛目的判决为基本法源，遇有分歧意见时，则以大多数教法学家的一致意见为据。但这种“公议”略有不同，被解释为伊玛目公断的体现，而类比推理则被断然否决。

十叶派教法体系是伴随着以波斯文化传统为主体的十二伊玛目派的崛起而产生的。它同样是在经注学、圣训学、教义学、法理学等宗教学科形成的过程中完成的，其形成、发展经历了漫长的历史过程，同十叶派宗教学者阶层（乌里玛）的兴起和壮大相辅相成、互为依托。

### 1.十叶派圣训的形成

较之逊尼派，十叶派国家政权出现较晚。在伊斯兰教最初三个世纪里，十叶派未形成强大的国家，仅作为一个不同

的宗教派别生活在逊尼派哈里发国度里。它的第一个强大的政治实体，是始建于10世纪的白益王朝(932—1062)，极盛时期版图包括今伊拉克、伊朗南部和阿曼，成为一个幅员广阔的十二伊玛目派国家。它的兴起标志着波斯民族主义影响的加强，它极大地削弱了阿巴斯哈里发国家的地位，为十叶派教义学、教法学的形成、发展提供了政治庇护，创造了有利条件。

伊斯兰文化同高度发达的波斯文化相结合，将十叶派宗教文化推向一个新的高度，其主要体现首先是十叶派宗教文献——圣训集的形成。十叶派圣训称为“阿赫巴尔”。作为宗教历史文献，阿赫巴尔同时又是历史科学，它的出现为十叶派教法体系开创了新的文字依据，提供了丰富的、适合于当地文化传统的教法素材，使之有了一套不同版本的“圣言”、“圣行”，成为十叶派教法学家立法、行教的权威依据。可以认为，只是在十叶派圣训集面世以后，它与逊尼派才有了更明确的区别。这一时期产生了三位著名的圣训学家，汇集了四部标准版本的圣训集，统称为十叶派“四圣书”。略述如下：

（1）叶库布·库拉尼(939年卒)。著有《宗教学大全》，为“四圣书”之首部，汇集圣训16000余条，分为真实的、良好的、可信的、较强的、重复的五类。相传他花费20余年的时间来编著这部巨著，该书在十叶派信众中流传广泛，被誉为最有价值的不朽之作。

（2）伊本·巴布维希(991年卒)，又名伊本·巴布亚。据说他曾在巴格达从事研究工作30年，撰著论文300篇。其代表作《正教》(英译名为《人人皆为自己的教法学家》)，为十叶派“四圣书”之一，汇集圣训4496条，同样被誉为权威之作。

（3）哈桑·图西（1022年卒）。他是位多产作家，涉猎广泛，除著有伊斯兰教信仰、礼仪、制度、教法、传记著作外，还编著过十叶派《书目》。其代表作是两部圣训集，名为《法令修正篇》和《圣训辨异》。其学术造诣颇高，博得逊尼、十叶两派学者的赞誉。

同逊尼派“六大圣训实录”相比，十叶派“四圣书”内容上有明显的不同，其中不仅收入了先知穆罕默德的言行，还收入了大量的十叶派伊玛目的言行。十叶派圣训学家也很重视圣训的考证，但所取的标准不尽相同。逊尼派圣训学家重视圣训传述线索的连贯性，尤为重视“直传圣门弟子”传述的圣训，而十叶派圣训学家倾向于广收博集，对本派伊玛目传述的圣训深信不疑，亦收入某些源自逊尼派人的圣训。

早在“四圣书”形成之际，十叶派圣训学家就注意到圣训真伪的考定，他们将圣训分为传述线索和本文两部分，根据考定标准对圣训加以分类。13世纪以后，随着圣训立法的发展，圣训的考证更加引起教法学家们的重视。后来形成新的圣训考据学，其代表人物有阿拉姆·希里（1250—1325）及其后的沙希德·塔尼（1506—1588）等，他们都深受十叶、逊尼两派传统的影响。圣训考据学的发展产生了两个新因素，一是以辩证的观点来看待圣训，认为圣训中有许多不可靠、含混不清的内容，需要加以辨析以决定弃取；一是以理性主义观点来看待法源，主张将理性同经典、圣训相结合。但在相当长的一段时期内，因循守旧的“圣训派”（阿赫巴尔学派）一直居主导地位。

## 2.十叶派教法学派的产生

十叶派法学思想深入发展的另一标志，是教法学派的形成。不同学派间的争论促进了法源理论的演进，将法学理论推向一个新的阶段，最终形成了独立于逊尼派的教法体系，使十叶派的教法取得了最后的形式。

（1）阿赫巴尔教法学派

十叶派圣训问世以后，教法学家们更加重视以本派的传统来阐释律法。然而，十叶派教法仍深受逊尼派教法传统的影响。沙法维时代一方面确立了十叶派的地位，另一方面在教法传统上仍有激烈的争论。争论的焦点是十叶派圣训的地位问题。部分学者认为，应以理性主义观点对圣训加以分析，不宜盲目地一律接受；另一部分学者则断然否认理性，主张仅以“圣训”为立法依据，其代表人物是阿明·阿斯特拉巴迪（1623年卒）。以他为首的学派自称阿赫巴尔学派，即十叶派教法学中的“圣训派”。

阿赫巴尔学派原为十叶派内部一思想派别，以否认理性、推崇“圣训”为特色。一些成员进而拒绝以穆尔太齐赖学派为十叶派教义学之基础，近乎于艾什尔里学派的观点。在实践上，这意味着向逊尼派传统靠拢。其法学思想主要表现在三方面：

①关于教法渊源。主张仅以《古兰经》和圣训为立法的基础，有些学者甚至只承认“圣训”为法源，认为经典要根据圣训加以注释，而圣训则以伊玛目的注释为据；深信“四圣书”为十叶派圣训的标准版本，其权威不容怀疑，但亦承认不同渊源的圣训，包括逊尼派学者传述的圣训，认为源自

“圣训”的法律知识高于源自理性判断的间接知识。

②关于教法原理。该派否认理性的地位和作用，拒绝“创制”或“独立判断”原则，认为任何判断只能以伊玛目传述的“圣训”为据，在教法事务上只能求教于伊玛目；宣称教法学家个人无权随意发布“法特瓦”（正式法律见解），任何法特瓦只能以圣训为据；如无圣训明文可依，则需审慎从事，不宜随意决断。

③关于教法学家的地位和作用。否认理性意味着否认教法学家的地位和作用。该派相信一般信众对伊玛目说来永远是“遵从者”（穆卡里德），教法学家亦无例外。故唯有深谙全部律法的伊玛目才有资格颁布律例、作出判决，而一般学者只能遵循伊玛目的决断，就具体教法问题作出解释。

阿赫巴尔学派在沙法维王朝以前一度颇有影响，为十二伊玛目派内部的主流派。其法学思想一度为统治者利用。继沙法维王朝统治伊朗的纳迪尔·沙（1736—1747）为缓和逊尼、十叶两派间的对立情绪，曾以阿赫巴尔学派为官方教法学派，称为“第五教法学派”，并把十二伊玛目派改为“六伊玛目派”，以六世伊玛目加法尔·沙迪克为精神领袖，亦称加法尔学派。① 但这一做法遭到逊尼、十叶两派的抵制，未能实现。阿赫巴尔学派后为乌苏勒学派取代。

（2）乌苏勒教法学派

“乌苏勒”，阿拉伯文原意为“根源”，尤指教法渊源。这一学派即因强调伊斯兰教法的渊源而得名。早在十叶派圣训

① 参见C.E.波斯瓦兹：《伊斯兰王朝》，爱丁堡大学出版社1967年版，第175页。

集成书以后不久，十叶派学者中就产生了不同法源理论之争。乌苏勒教法学派正是在同阿赫巴尔教法学派争论中兴起的一个思想派别。18世纪末，十叶派著名学者巴奎尔·比赫比哈尼（1705—1803）曾就法源理论作过系统的论述，后被尊为该派创始人。实际上，该派法学思想早已产生，只是尚未取得统治地位。

乌苏勒教法学派代表了十叶派（十二伊玛目派）教法体系的重建，其产生同近代伊朗的政教关系的发展、演变直接相关。十叶派地位的确立，始自沙法维王朝（1501—1732）。沙法维人属于突厥语族的一支，系在苏非教团基础上发展起来的一个部族，后来势力日强，建立起一个强大的帝国。但在16世纪，逊尼派仍在伊朗居统治地位，新生的沙法维王朝并未立即成为一个十叶派国家。不过从历史条件上看，已出现了有利于十叶派教义传播的客观环境。第一，异民族蒙古人的西侵，制止了逊尼派政治扩张的势头；第二，在伊朗东北部地区出现了形形色色的苏非教团，在政治上同情和支持十叶派；第三，在伊尔汗王朝（1256—1353）以后的中亚诸小国家，部分统治者转向了十叶派教义。因此，沙法维王朝建立以后，立即宣布十叶派教义为国教，国王伊斯玛仪一世（1501—1524在位）自称为十叶派七世伊玛目穆沙·卡西姆的直系后裔，为隐遁伊玛目的代理人，在周五聚礼和呼图白讲道时，称颂国王的名字。但由于信仰的转化是以自上而下的方式强制实行的，加之国内缺乏十叶派教职人员，而不得不从叙利亚、巴林等地聘请，因而遇到许多困难。为了强化十叶派教义，国家要求宗教服从政治，还专门任命一批国家官员（称为沙德尔）负责教义宣传，控制民众的信仰。在这

过程中，教法学家的地位显著提高，他们作为一个整体，被确认为隐遁伊玛目的代理人和民众的宗教导师，享有半独立的地位。他们的存在既是对国王的一种支持，同时又是对王权的一种限制，王权与教权互为依托、相互制约。从总体上看，十叶派大部分乌里玛都服从王权，但他们在理论上又否认王权的合法性。自沙法维王朝末期，王权与教权逐渐分离，到卡加尔王朝（1779—1924），世俗化倾向更加明显，乌里玛阶层受到冷落，因而强烈要求提高其政治地位。乌苏勒学派的兴起，反映了十叶派乌里玛的参政意识和实施伊斯兰法治的愿望，他们对因循守旧、安于现状的阿赫巴尔学派持批判态度，终于取而代之。其基本主张包括：

①关于法源。该派主张以《古兰经》、"圣训"、公议、理性为教法的四大渊源。仅以经、训的表义为立法依据，认为表义可借助理性予以灵活的解释；对"四圣书"取怀疑态度，认为其中有许多不可信的内容，而只遵循由可信赖的十叶派信士传述的源自伊玛目的圣训；认为源自经、训的学说和判决不得悖逆通过理性判断求得的结论。

②关于法理。该派注重理性的地位，强调"创制"原则。认为创制或"独立判断"有多种功能：通过创制即理性判断，可以对圣训进行考察，决定取舍；可以据此发布法特瓦，对有争议的问题表明法律见解；在无经、训明文可依时，可以根据有效的推断，求得结论，作出判决。

③关于教法学家的地位和作用。因强调理性的地位，该派更加重视教法学家的地位和作用。认为世人分为创制者（穆智塔希德）和遵循者（穆卡里德）两部分，精通经、训、教法知识的专家、学者有资格充当民众的向导，通过发布法特

互等方式，就教法院难问题作出解答，而缺乏专门法律知识

者，取得穆智塔希德尊号，相当于高级伊斯兰学者。极少数杰出的穆智塔希德被尊为阿亚图拉和大阿亚图拉（意为“安拉的迹象”。另一高级尊称是“胡札特一伊斯兰”（意为“安拉的证明”），流行于19世纪，现已被阿亚图拉代替。

十叶派乌里玛在不同时代有不同的称谓。大致分为两级：低级乌里玛包括毛拉、阿訇、鲁哈姆（宗教导师）、瓦伊兹（巡回布道师）、玛克塔布（领拜）、穆塔瓦利（灵地管理人）等；高级乌里玛包括穆智塔希德、阿亚图拉、大阿亚图拉、胡札特一伊斯兰等。十叶派乌里玛有独立的经济来源，社会地位较高，在教内为“隐遁伊玛目”的代理人，其决断对一般信众有法律效力。

最初，乌里玛在专业知识上并未有明确的分别，其专长主要取决于导师的学识和个人的偏爱。但自18世纪以后，随着乌苏勒教法学派的兴起，教法学家的社会地位显著提高，专修教法学的学者日见增多，而只有精通法学的穆智塔希德才能晋升为高级乌里玛。这样，十叶派社团便形成了穆智塔希德和穆卡里德两部分人，前者被尊为教法专家，后者则遵循前者的教诲。由此形成十叶派效仿制度。

效仿制度形成的确切时间难以查考，但可以肯定是近代的产物，这可以从穆智塔希德的人数加以推断。据有关资料，截止到19世纪中叶，一个地区的穆智塔希德不过三至四人，而到19世纪末，却猛增至数百人。19世纪以后，由于交通日益便利，地方穆智塔希德和一般信众提出来的有争议的重大问题，一般都呈送至纳杰夫的权威教法学家决断，久而久之其威望日高，成为十叶派信众公认的宗教领袖，形成效仿制度。所谓效仿制度，指的是在十叶派圣城有一位公认的宗教

领袖，以其虔诚和学识受到广大信众的爱戴，他们有资格就宗教教义和司法实践中的一切问题作出权威解释，其决断为效仿的榜样，必须严格遵循。19世纪末以后，形成一种惯例：前任宗教领袖去世后，或由一位众望所归的宗教领袖继承其位，或由几位同样著名的穆智塔希德集体行使领导权。这项制度从体制上解决了一个悬而未决的问题：在没有"隐遁伊玛目"的代理人的"大隐遁"时期，权威教法学家实际上成为伊玛目的代理人，从而保证了宗教传统的连续性和教法体系的开放性，它又是十叶派信众团结、统一的象征。伊朗的十叶派社团虽然也设有沙里亚法院，但对教法的解释主要是通过效仿制度实现的。

# 第 二 编

# 实体法与法律程序

# ○ 第七章

## 婚姻家庭关系

家庭是在婚姻关系、血缘关系或收养关系基础上产生的一定亲属间的社会生活组织。它是得到传统伊斯兰教法确认的唯一社会单位。婚姻家庭关系是穆斯林民众日常生活中最常见、最基本的社会关系之一，其有关规定构成伊斯兰教法的核心领域，习惯上称为穆斯林的“家庭法”。

伊斯兰教法所规定的传统婚姻家庭关系，实质上是以生产资料私有制为基础的一种封建的婚姻家庭关系，同时带有原始公社制末期父系家长制婚姻家庭关系的残余。由于男子在当时的生产关系中起主导作用，由此而形成的婚姻家庭关系，必然反映出封建社会的婚姻家庭制度的一般特点。例如，法律上公开确认一夫多妻制、包办买卖婚姻、男尊女卑以及竭力维护封建礼教等。所不同的，只是这种婚姻家庭制度是通过神圣法律而规定，被披上了一件宗教道德的外衣。探讨伊斯兰教下的传统的婚姻家庭关系，有助于我们了解伊斯兰封建社会的结构和婚姻家庭的基本特征，从而全面了解伊斯兰教法的社会意义。

## （一）婚姻的基本形式

穆斯林男女之间的婚姻结合，习惯上称之为"尼卡赫"。这是一种以宗教伦理道德为基础的普通民事契约。这种婚姻形式，手续较为简便。男女当事人双方在证婚人（逊尼派伊斯兰教法要求两名证婚人，十叶派法律未作规定。）面前，一方提出求婚，一方表示接受，婚姻便产生法律效力了。结婚声明须在同一次会面中当众宣布，可由配偶双方共同宣布，亦可由代理人或监护人代为宣布。婚礼通常伴之以相应的宗教仪式。按照习惯，在正式宣布结婚之前，先把女方的至亲和两名证婚人引至新娘的房间，由这位长亲在证婚人能听得见的距离内，问新娘是否愿意与新郎成亲。新娘表示同意之后，再到新郎的房间重复同样的仪式。然后由主婚人把双方的意愿转告各自的尊亲，双方的亲属表示同意这门亲事之后，婚姻就算完成了。通常要念几段"尼卡赫经"，以示祝贺。

尼卡赫婚姻通常划分为三种不同的类型①，即有效的结合（沙希赫）、无效的结合（巴提尔）和不正常的结合（法希德）。

### 1.有效的结合（沙希赫）

有效的结合，指符合伊斯兰教伦理规范的合法婚姻，由此产生夫妻之间一定的权利和义务。主要包括丈夫要赠予妻子一定的聘礼，并赡养妻子；妻子有义务服从和服侍丈夫，有权支配夫妻共有财产和私产。建立在这种婚姻关系基础之上

① 十二伊玛目派还承认一种短期的结合，称为"穆塔"。

的性行为 为伊斯兰教法确认的合法性行为。

### 2.无效的结合（巴提尔）

无效的结合，指违反伊斯兰教伦理规范的婚姻，在法律上不产生夫妻间任何的权利和义务。如果配偶双方不了解事情真相，只要求遵守一项道德义务，即不得发生婚外的不正当的两性关系。如果已经圆房，一些教法学家认为，妻方有权得到一笔聘礼。导致无效婚姻的因素，必须是无法排除的、永久性的因素。

### 3.不正常的结合（法希德）

不正常的结合，在法律上同样属于不合法的婚姻，但又不同于无效的婚姻。区别在于前者的障碍为永久性的，不可逾越的，而后者的障碍则是暂时性的，可以克服的。只要配偶双方分居，待婚姻障碍排除以后，仍可做合法的夫妻。如果配偶双方已经完婚，仍将产生一定的权利和义务。主要是妻方有权得到聘礼，所生子女为合法婚生子女，双方分离之后，妻方须严守“待婚期”的规定，不得发生不正当的两性关系。

### 4.构成无效婚姻的因素

按照哈乃斐教法学派的规定，构成无效婚姻的因素计有七种。符合其中之一，即构成无效的婚姻。

（1）血缘关系

伊斯兰教禁止近亲通婚。一个男子不得与下列亲属关系通婚：①母亲及所有女性后代；②女儿及所有女性后代；③

同胞姊妹、异父姊妹和异母姊妹；④姑母及任何后代的姑母；⑤舅母及任何后代的舅母；⑥姪女；⑦外甥女。

（2）姻亲关系

一个男子不得与下列姻亲关系通婚：①妻子的长辈或后代；②长辈或后代的前妻。唯一的例外是哈乃斐法学派允许一个男子娶妻子的后代为妻，如果妻子属于再婚并且尚未完婚的话。

（3）抚育关系

这一禁令源自一种不常见的抚育关系。一个妇女如果在给自己的孩子哺乳的同时，还给他人的孩子哺乳，则这两个孩子长大之后不得通婚。这项禁令只限于哈乃斐教法学派。该派认为，母亲的乳汁相当于血缘关系，故属于法律上禁止的近亲通婚。

（4）不正当的男女关系

男女之间婚前如发生过不正当的性行为，虽然在法律上准予结婚，但按照哈乃斐学派，特别是罕百勒学派法律，这种有伤风化的行为将产生一种永久性的婚姻障碍；即男方不得再同女方的任何亲属（不含女方的姊妹）通婚。即使双方仅有过约会，同样属于不正当的两性关系。按照哈乃斐派和罕百勒派法律，这种行为已构成姻亲关系，而马立克和沙斐仪法学派则持有异议。十叶派法律赞同哈乃斐学派的基本原则，但如果男女双方仅有过约会，十叶派法学家们则意见纷纭，没有定论。

（5）以不合法的方式复婚

伊斯兰教离婚制度规定，丈夫在3个月内连续三次宣布休妻，将产生不可挽回的法律效力，双方不能立即复婚。复婚的条件是，女方在待婚期（伊达）结束后与另者结婚，并在以合法的方式离婚之后才准予复婚。违反此规定的婚姻为不合法的婚姻。但一些教法学家对此持有异议，他们认为，这类婚姻只是不合手续，只要按照规定履行正式结婚手续，仍可视为有效的婚姻。

（6）违反一夫多妻的规定

这是对女子单方面的限制。伊斯兰教法允许一定限度内的一夫多妻（不超过四妻），但一妻多夫或未与前夫离婚即与另者结婚，则构成无效的婚姻，即现代所说的“重婚”。

（7）宗教信仰不同

传统上，一个穆斯林男子可与穆斯林女子或“信奉天经”的女子，即信奉犹太教、基督教或火祆教的女子通婚。但穆斯林女子通常只能在教内通婚。违反此规定的婚姻构成无效的婚姻，所生子女没有财产继承权。但是，这类婚姻在一些信奉不同宗教的多民族混居的地方，显然是不可避免的，故在实际执行中多取灵活态度。

5.构成不正常婚姻的因素

“不正常”的婚姻，在大多数情况下属于结婚的条件或手续不够完备，因此不产生永久性的障碍。只要采取补救措施，仍可成为合法的婚姻。构成不正常婚姻的因素主要是：

（1）证婚人不在场

按照婚礼的有关规定，结婚时应有证婚人（两名男证婚人或一名男证婚人、两名女证婚人）在场。如果没有证婚人参加，则构成不正常的婚姻。这类婚姻可以重新缔结。

（2）违反“待婚期”的规定

男方在女方“待婚期”尚未结束即与之结婚，则构成不正常的婚姻。“待婚期”的规定，仅适用于被休的妻子再嫁或遗孀改嫁，旨在确定女方是否怀孕。这项规定还与伊斯兰教法的圆房概念相联系。如果配偶双方未圆房即解除婚姻关系，女方不受“待婚期”的约束。但是，如果发现配偶双方在室内有过幽会，在法律上则认定双方已经圆房；女方如被休，则需严守“待婚期”（三个月）的规定。因婚姻手续不完备而暂时分居，仍需遵守“待婚期”的规定。这类婚姻可以补办手续，之后仍被视为合法婚姻。

（3）纳妻超过法定限度

伊斯兰教法容许一夫多妻，但纳妻以四房为限。违反规定者，构成不正常的婚姻。

（4）同时纳两姊妹为妻

伊斯兰教法规定，一个男子不得同时娶两姊妹为妻（《古兰经》4：23）。这项规定源自近亲通婚的禁令，但有不同的解释。一种意见认为，这只构成暂时性的婚姻障碍，只要与前妻终止婚姻关系，仍可纳二房妻子。

（5）违反“门当户对”原则

“门当户对”，原为库法法学派提出的择偶标准，后为麦地那法学派所沿用，成为维护婚姻监护人权益的一种合法手段。这一原则原指配偶双方在家庭背景、宗教信仰、职业、身分、性格、经济状况诸方面必须一致。传统上，婚姻监护人（仅限于马立克教法学派）有权据此解除“不般配”的婚姻。违反上述条件的婚姻构成无效的婚姻。如果监护人认可，则仍属合法婚姻。监护人如坚持离异，通常会导致婚姻的破裂。

以上为合法婚姻的基本条件，概括起来主要包括以下五个方面：

（1）是否符合婚姻的礼仪规定。有效的婚姻必须是在同一次场合，一方提出求婚，一方表示同意，并由在法律上被确认为有资格的主婚人缔结。

（2）是否符合有效婚姻的基本条件。有效的婚姻必须符合实质性的条件，如不属于近亲通婚。

（3）是否符合结婚资格的有关规定。例如，奴隶不得与自由人通婚。

（4）婚姻是否有法律效力。这关系到由监护人代替未成年女子缔结的婚姻的“青春期选择”① 问题和男方因有严重生理缺陷无法完婚的问题。

（5）现代婚姻登记问题。由此引申出一个新的法律规范，即非法婚姻。这点我们将在第三编现代法制改革部分里予以讨论。

① 见本书第12章。

6.十叶派与逊尼派的基本区别

同逊尼派相比，十叶派婚姻法有三点根本区别。第一，十叶派法律不要求证婚人。第二，十叶派法学家们只承认有效的结合(沙希赫)和无效的结合(巴提尔)，不承认作为过渡形式的“不正常”的结合(法希德)。第三，十叶派法律承认一种暂时性的或有时限的婚姻，称为“穆塔”。这是男女双方预先确定的一种有期限的婚姻契约，期满后即自行脱离关系。其间，男方要付予女方一定的报酬。逊尼派谴责这种婚姻形式，认为它无异于合法的卖淫。

实际上“穆塔”婚姻同有效的结合并无明显的差别。如果契约中只规定了报酬而未定时限，则成为有效的永久性的结合。“穆塔”婚姻在伊斯兰教前曾广泛流行，甚至《古兰经》对此也是容忍的（见4：24)。只是到二世哈里发欧麦尔时代，才明确宣布加以禁止。因此，十二伊玛目派的某些法学家认为，“穆塔”婚姻是完全合乎经典规定的“定制”的。

同有效的结合一样，“穆塔”婚姻也是按照一方求婚、一方表示接受的方式缔结。区别在于，“穆塔”婚姻不受一个男子至多娶四妻的限制，这就是说，一个富裕的男子可以同时同多名女子成立“穆塔”婚姻契约。这类婚姻所生子女，同样被视为合法婚生子女。但妻方无权在丈夫死后继承其遗产或取得供养金，因为其“报酬”已在契约中作过规定，并已兑现。

## （二）婚姻的法律效力

伊斯兰教法认为，婚姻是男女双方按照宗教道德成立的

一种民事契约，构成家庭的基础，具有法律、社会、宗教三方面的意义。有效的婚姻引起夫妻之间相应的权利和义务。主要包括五个方面。

### 1.关于合法的两性关系

伊斯兰教法只承认两种正当的性行为，即合法夫妻间的性生活和奴隶主对女奴的任意占有权。超出这个限度以外的（包括不正常的结合）所有性行为，构成私通犯罪，要受刑法的制裁。故有效的婚姻为合法的两性关系的道德基础。但是，由于法律上公开确认一定限度内的一夫多妻制，这项规范实质上主要是对妻子单方面的约束，反映了封建婚姻关系中的一种事实上的不平等。

### 2.妻子有义务服从丈夫

前已指出，伊斯兰教下的婚姻关系基本上是一种封建的婚姻关系，以男尊女卑为基本特征。虽然婚姻产生男女双方间一定的权利和义务，如我们在“有效的结合”一节里所简要提示的，但其前提则是妻子必须服从丈夫。例如，妻子未经丈夫许可私自离开家门，或做任何一件不合丈夫心意的事，在法律上则被视为妻方的“过错”（不服管束）。当然，在夫权许可的范围内，妻子也有适当的自由，如有权处理私产，回娘家省亲，不陪伴丈夫长期外出旅行等。夫权至上和妻子处于受支配的地位，是天经地义的，因为这不仅是由不平等的社会制度所决定，法律制度也明文宣布，夫妻间的权利和义务是充分考虑到“各自的能力和需要”而规定的。

### 3.关于聘礼的规定

婚姻关系引起的法律效力之一是聘礼，这是在不平等的婚姻制度下维护妻子经济权益的一种手段。

伊斯兰教前，聘礼带有为女子赎身的性质，实质上是支付予女子的身价。后来则只是一种习俗，以示对女方的尊重。聘礼虽与婚姻关系相联系，但就法律观点而论，不是婚姻是否有效的先决条件。一桩合法的婚姻，不论是否附有聘礼的约定，同样有法律效力。当然，从现实经济观点考虑，聘礼仍然是女方缔结婚约时的重要考虑条件之一。聘礼分为明确规定的和未明确规定的两种。前者又有立即支付和延期支付之别。

(1)明确规定的聘礼

明确规定的聘礼，指缔结婚约时明确规定了数额，并由卡迪记录备案或由双方成立一项契约，明确规定有关条件的聘礼。其数额不得少于法定最低限额。法定最低限额，各派规定不一。哈乃斐法学派为十枚银币；马立克法学派为三枚银币；沙斐仪法学派和十叶派未予规定。聘礼的数额通常在婚前约定。父亲代表未成年的儿子签订契约，同样有效。

(2)未明确规定的聘礼

支付聘礼是夫方应当履行的一项道德义务，即使双方之间没有约定，仍需给女方一定数额的赠礼。这种婚前未予约定的聘礼，即未明确规定的聘礼。这类聘礼的数额，通常按习惯来确定，需要考虑女方家庭的社会地位和女子本人的品格。按照后世编著的沙里亚法典的规定，通常应考虑到女子

的年龄、相貌、财力、知识和品德。①在确定这类聘礼的数额时，法庭除考虑女方父亲的社会地位外，尤其要考虑女方的其他亲属，如姐姐、姑母出嫁时聘礼的数额，不得低于这一标准。

(3)立即支付和延期支付的聘礼

立即支付的聘礼，婚后或在妻子的要求下，应立即兑现。延缓支付的聘礼，通常在离婚时支付。按照习惯，聘礼的数额确定之后，通常分为两个等份，一份当场交与妻子，一份待丈夫死后、离婚时或发生了某一不利于女方的事件从而导致自动终止婚姻关系时支付。如果双方未明确约定立即支付还是延期支付，则往往发生混乱。在这种情况下，十二伊玛目派法律推定，全部聘礼为立即兑现的聘礼，而哈乃斐法学派则持有异议。

（4）聘礼的减免

减免聘礼通常有两种情况。一是因终止婚姻关系而产生的法定减免，一是婚后妻方的自愿减免。如果配偶双方尚未圆房即解除婚约，所定聘礼减半。如属未明确规定的聘礼，妻方有权得到一笔赠礼。如果双方尚未完婚女方即废除婚约，全部聘礼予以取消。如果双方尚未完婚男方即死亡，在这种情况下，按照哈乃斐派和罕百勒派法律，女方仍将如数取得所定聘礼。至于婚后妻方主动取消聘礼，可以是全部，也可以是部分。这在法律上视为妻方的赠与，妻子为财产的

① 汉密尔顿：《希达亚》，转引自斐济：《伊斯兰教法概要》牛津，1981，第5版第138页。

所有者，有权随意支配。但是，这种减免必须出于自愿。如属于受夫方的胁迫而减免聘礼，法院将不予承认。

（5）聘礼的兑现

聘礼的兑现在穆斯林的婚姻家庭生活中经常引起纠纷。通常有两种情况。拖欠或延缓支付的聘礼，在法律上属于没有担保人的债务，妻方（债权人）待丈夫死后可从其遗产中收回所欠聘礼。例如，一个寡妇可留置亡夫的房产，称为"寡妇留置权"，这取决于丈夫临终时财产的状况。如果妻子实际上已取得占有权，则可继续占有和使用。不过这种权利相当于债务抵押权，妻方仅有占有权和用益权，没有所有权和处分权，不得私自将房产出售或转让。亡人的其他继承人同样有使用权和收益权。如将房屋出租，则需向他们如实说明租金收入和使用情况。如果妻子先亡，拖欠的聘礼实际上便被勾销了。

至于立即兑现的聘礼，在执行中有时甚至更加困难。如果丈夫拒绝支付，妻子唯一的选择是拒绝与丈夫同床。法院的基本态度是，如果夫妻尚未圆房，则支持妻方，直到取得聘礼为止；如果双方已经圆房，法律上则难以适从，因为古代的法学家们对此存有异议。例如，艾卜·哈尼法教长认为，丈夫拒不履行诺言，妻子有权拒绝丈夫的要求，而他的两个弟子艾卜·优素福和沙巴尼则认为，前提是双方是否完婚。如果已经圆房，则妻子必须服从丈夫。这就是说，妻子只有待丈夫死后、被休或发生某件违反婚前约定的行为从而导致自动终止婚姻关系时，才能取得拖欠的聘礼。

### 4.关于赡养义务的规定

婚姻关系引起的法律效力之一是抚养义务。伊斯兰教法规定，在婚姻关系的存续期间和可挽回休妻宣布后的“待婚”期间，丈夫有义务赡养妻子，包括提供衣、食、住等基本生活条件。这方面经常引起争议的问题之一，是赡养标准问题。所有教法学派都同意，如果配偶双方同出身于富裕之家或贫困之家，则与双方家庭的生活水平大体保持一致。但是，如果一方出身于富贵之家，而另一方家境贫寒，教法学家们则没有定论。马立克和罕百勒法学派认为，供养标准应取两家的平均生活水准。而哈乃斐法学派则主张，如果夫方出自富裕之家，而妻方家境贫寒，可取平均水平。反之，则以夫方的经济状况而定，否则是不现实的。

丈夫赡养妻子，以妻子服从丈夫为前提，否则妻子无权得到赡养。对此法学家们解释各异。哈乃斐法学派认为，只有妻子未经丈夫许可或毫无正当理由私自离家不归，才构成“不服管束”。而逊尼派其余三个教法学派则坚持，妻子拒绝与丈夫同居，同样构成“不服管束”。哈乃斐法学派还认为，以往拖欠的生活费原则上不予补偿，除非妻子在法庭的同意下，以此为偿还条件而负债。逊尼派其他法学派和十叶派在这个问题上则较为灵活，认为拖欠的生活费在法律上应视为夫方拖欠的债务，不论时间多久，都必须偿还。

### 5.关于财产所有权的规定

婚姻关系引起的另一法律后果是夫妻间的财产关系。伊斯兰教法确认，夫妻双方都有财产所有权，但习惯上通常由丈夫管理夫妻共有财产，而聘礼作为妻子终生所有的私产，

则不在共有财产之内，并由妻子本人掌管。这是妻子仅有的一点经济权益。有效的婚姻还将产生夫妻之间以及父母与子女之间互相继承遗产的权利，这属于继承法的范畴，留待下一章里讨论。

## （三）离婚的有关规定

在我们讨论伊斯兰教的离婚制度之前，首先需要作一些原则的说明。在古代的中国，人们把离婚称作：休妻、弃妻、出妻、放妻、逐妻、遣妻、休弃等等，这些字眼充分说明妇女只能作为被遗弃的对象，而无离婚的权利。在古代伊斯兰国家里，情况亦没有例外。这是不难理解的。在一个婚姻当事人没有婚姻自由，妇女没有独立的人格的社会里，所谓离婚制度只能理解为弃妻制度，它与现代的离婚制度绝无共同之处。

所以，我们在介绍伊斯兰教有关离婚的法规时，需要明确两点基本认识。其一，夫方要求离婚，手续极为简便容易；其二，妻方要求离婚，虽在理论上未排除这种可能性，实际上则是非常困难的，甚至是完全不可能的。这是同一件事情的互相联系的两个方面。由此，我们再次看到，婚姻家庭关系中的一种法律上和事实上的不平等。

### 1.夫方的绝对休妻权

夫方在法律上享有的绝对休妻权（称为“塔拉格”），是封建的婚姻制度的必然产物。在这种制度下，妻子被看作丈夫的附属物，是生儿育女、传宗接代和供作享乐的工具，因而

不可能享有平等的权利和完全的法律资格。休妻权实质上是夫权的延伸或它的特殊的体现。丈夫休弃妻子被看作天经地义，无需征得妻子的同意，通常也无需经过司法机关批准。按照哈乃斐法学派的规定，休妻主要有以下三种方式：

(1)可挽回的休妻

按照这种传统的休妻方式，丈夫在妻子的“洁淨期”(即非月经期）宣布一次“塔拉格”(休妻）之后，如果连续3个月不与妻子同床，婚姻即行终止。但是，这项休妻决定属于“有条件”的，它为夫妻之间和好留有一次最后的机会，故称为“可挽回的”休妻。如果在“待婚期”结束后，丈夫回心转意、主动与妻子和好，休妻的决定便自行废除了。尽管如此，这种破镜重圆在法律上仍被解释为“复婚”，而3个月的分居则被视为妻子的“待婚期”。

(2)不可挽回的休妻

这种方式也是法学家们普遍承认的一种休妻方式。按照有关规定，丈夫在妻子的“洁淨期”宣布一次“塔拉格”之后，又连续在两个月内宣布两次，最后一次宣布之后，休妻则成为不可挽回的了。这时妻子需要遵守“待婚期”的规定，丈夫无权撤销休妻的决定。丈夫如想同妻子复婚，只能待妻子另嫁他人并以合法的方式终止婚姻关系以后，才能成为可能。

(3)非正规的休妻

这种方式没有取得伊斯兰教法的承认，故被称为“标新

立异”，但同样有法律效力。这是一种十分简便的方式，只要丈夫连说三声“塔拉格”，妻子就算被休弃了。之后，如果丈夫想复婚，同样只得待妻子再婚并以合法的方式解除婚姻后，才有可能。这种休妻决定，即使是在妻子月经期宣布的，或者只宣布过一次，伴之以终止婚姻的意思表示，同样有法律效力。如果配偶双方尚未圆房，则只说一声“塔拉格”，即终止婚姻关系。

除以上三种基本方式外，还有两种特殊的休妻方式。一种称为“伊拉”，即丈夫发誓连续4个月不亲昵妻子。如果丈夫履行了所立誓言，在效果上相当于宣布了一项无可挽回的休妻决定。不过，习惯上丈夫可以收回自己的誓言，为此要蒙受自我规定的惩罚。另一种方式称为“吉哈尔”。这是一种辱骂性的言辞，如“你背如同我的母背”。这种变相的休妻决定亦可收回，为此丈夫需要赎罪：或行善或把斋一段时间。这两种源自古代习俗的休妻方式，现已弃之不用了。

（4）休妻的法律效力

以上三种休妻方式，根本区别在于休妻生效的时间。第一种方式，“待婚期”终止后开始生效。第二种方式，第三次宣布“塔拉格”之后开始生效。第三种方式，一经宣布立即生效。除时效外，休妻还产生一定的道德义务和法律义务。如属无可挽回的休妻，届时夫妻双方应立即终止婚姻关系。其间如发生性行为，在法律上则被视为通奸，并按刑法论处。被休的妻子，应照例得到一份离仪，作为生活费。可挽回的休妻，在“待婚期”结束前仍被视为有效婚姻的存续期间，其间如果一方死亡，另一方仍享有遗产继承权。而以“标

新立异”方式宣布的无可挽回的休妻，则是立即把妻子“扫地出门”，即使丈夫在“待婚期”死亡，妻子同样无权继承遗产。

（5）逊尼派与十叶派的区别

在离婚制度上，逊尼派与十叶派存有许多区别。根本分歧在于十叶派法律不承认“标新立异”式的习惯休妻方式，只承认符合伊斯兰教法的正规休妻方式。在休妻的法律程序上，十叶派也较为严格。十叶派教法规定：休妻必须有两名证人在场，只能以口头形式宣布，并使用明确无误的语言，即“塔拉格”。此外，休妻必须有明确的理由和动机，不得无缘无故的随意休妻。而逊尼派教法则未就休妻作过程序规定，有无证人在场，同样有效。而按照拘泥于形式的哈乃斐派法律传统，决定一项契约是否有效，重要的在于行为而不是动机。所以，该派法律认为，丈夫打赌、开玩笑或酒后失言宣布的休妻，甚至受他人胁迫或失去自由情况下宣布的休妻，都同样有法律效力。

**2.妻方终止婚姻关系的可能性**

休妻既是夫方单方面的法律行为，妻方当然没有离婚的主动权。但在夫权许可的有限范围内，法律上多少有一点伸缩性。伊斯兰教法承认，丈夫可把休妻权延缓实施或委托予第三者或妻子本人执行。由此产生出两种解除婚姻的可能性，即“延缓”休妻和“委托”休妻。两种方式都属于有条件的变通方式。前一种方式，以婚前的约定为依据。例如，夫妻双方婚前约定：婚后如果夫妻不和，妻方有权获得一笔

生活费并准予自由改嫁，或者婚后丈夫如纳二房妻子，原妻有权自行脱离婚姻关系。之后，丈夫如违反承诺的约言，妻子则取得自由。后一种方式同样以婚前的约定为依据，所不同的是丈夫直接将休妻权“转让”予妻子本人。例如，双方婚前约定：婚后如果妻子违反承诺的约言，做了某件丈夫极力反对的事，婚姻即自行破裂。婚后妻子如不堪忍受丈夫的虐待，则可故意破坏婚前的约定，从而获得解脱。不过，即使在这种情况下，妻子仍需要正式声明，所发生的违约事件已使她获得自由选择的权利，并已如实地实施了这项既定权利。

### 3.协议离婚

哈乃斐教法学派认为，婚姻既是男女双方间成立的一项契约，只要双方同意，亦可废除。这种协议式离婚有两种形式。如属妻方主动提出离异，则称为“胡尔”，意为“脱掉衣服”①，即“解脱”丈夫管束妻子的权利。但在这种情况下，妻子需要支付一定的赔偿金，即放弃或归还部分或全部聘礼。如果离婚属于双方同意，则称为“穆巴拉”，意为“互相解脱”。在这种情况下，妻方通常不负担赔偿金。至于在何种情况下妻方需要承担经济损失，法律上说法不一，没有定论。例如，艾卜·哈尼法教长认为，如果双方婚前没有约定，妻方在两种方式下均须放弃或归还聘礼；艾卜·优素福认为，在“穆巴拉”方式下，妻方必须放弃或归还聘礼，而在“胡尔”方式下（这里指丈夫主动提出离异），妻子仍有权

① 古阿拉伯人常把妻子喻为“丈夫的衣服”。

取得聘礼；而沙巴尼则认为，在两种方式下，妻子都无须放弃或归还聘礼。这类纠纷由伊斯兰法院裁决。

以上两种方式，以“胡尔”方式更为重要，它是哈乃斐法学派里妻方借以终止婚姻唯一可诉诸的手段。这种离婚方式的前提在于，它是一种经过协商的协议离婚，也就是说，一项“胡尔”协议是否有效，需要征求夫妻双方的意见。因此，当事人双方可以向法院如实说明，是否一致同意离婚，一方是否受到胁迫、欺骗、诱惑等情节。胁迫是伊斯兰教法排除的重要因素之一。一方受胁迫而同意终止婚姻关系，没有法律效力。

但是，这种协议离婚在实践上有很大的局限性，因为夫方往往索要巨额的赔偿金，而这类问题难以通过法律途径求得解决。这是因为妻方主动提出离婚，而夫方拒绝所提的条件或提出妻方无法满足的条件，就算撤销了。“胡尔”离婚方式，在哈乃斐派法律里，性质上相当于夫方宣布的一项不可挽回的休妻决定，主动权仍在丈夫手里。“胡尔”协议离婚一旦生效，妻方则需要遵守“待婚期”的有关规定，双方只有按照法律程序缔结新的婚姻，才能复婚。

**4. 法院判决离婚**

在中世纪伊斯兰国家历史上，法院判决离婚仅仅是伊斯兰教离婚制度的一种补充。主要有两种方式。

（1）“里安”方式

“里安”，原意是“诅咒”、“盟誓”，后来成为依法解除婚姻关系的一种习惯方式。按照这种古老的习俗，如果丈夫指

控妻子与他人私通，而又提不出证据，妻子有权向法院提出离婚。在这种情况下，夫方面临着两种选择：如果在法院受理前主动撤销对妻子的指控，妻方无权坚持离异；如果夫方拒绝回收对妻子的指控，法院则要求其盟誓四次，代替法律上规定的四名证人。之后，妻方也盟誓四次，以证明自己的清白。这项程序之后，由执法官宣布离婚决定，以了结这一"无头案"。

（2）"法斯克"方式

"法斯克"，原意为"撤销"或"废除"，法律上专指法院应妻方的请求，判决离婚。因而，它是依法维护妻方权益最重要的一种手段。

历史上，各法学派都在不同程度上承认这种离婚方式，但在妻方据以离婚的理由和所取的程序上不尽相同。在对待妻方权益的态度上，最刻苛的是哈乃斐法学派，该派法律规定：妻子只有在丈夫因失去性功能而无力圆房或丈夫自出生之日起失踪九十年的情况下，才准予离婚。而其他法学派则较为宽容和灵活。例如，十二伊玛目派法律规定，丈夫患有精神病、麻风病或性病，法院有权判决离婚。沙斐仪法学派除上述理由外，还把丈夫拒绝赡养妻子列为依法终止婚姻的重要理由。罕百勒派法律规定，丈夫患有各种生理缺陷、无力赡养妻子、无故遗弃妻子达6个月以上或拒绝履行婚前的约定条件，妻子有权依法终止婚姻关系。最为宽容的当推马立克法学派，该派法律规定，丈夫患有各种生理缺陷、无力赡养妻子、无故遗弃妻子或离开妻子一年以上，妻子有权提出离婚。特别值得注意的是，该派还把丈夫"虐待"妻子作

为依法终止婚姻关系的理由之一，这在所有法学派中是绝无仅有的。上述种种规定，虽然为维护妇女的权益提供了一定的法律救助手段，但显然不可能从根本上改变妇女在婚姻家庭关系中受到的歧视、压迫和种种不公正待遇。原因很简单：她们所生活的封建社会制度本身就是以男尊女卑为其特征的。

同样值得注意的是，即使在对待妇女权益上最宽宏大度的马立克法学派，他们在离婚制度上所遵循的原则，同样是以承认夫方的绝对休妻权（塔拉格）为前提。为了自圆其说，该派在实施法院判决离婚时，采取了法律拟制的形式，即在理论上承认伊斯兰法院的卡迪可以代行丈夫的休妻权。这表明，法院判决离婚是例外而非通例。这一奇怪的立场来自麦地那的古老习惯和对《古兰经》经文（4：35）的不同解释。按照早年麦地那穆斯林社团的惯例，通常由夫妻双方的族亲中各推一名公正人来调解婚姻家庭纠纷。如果调解未有结果，则责成丈夫宣布休妻。而在逊尼派其他几个法学派里，公正人制度已为伊斯兰法院所代替。由此可见，马立克法学派在离婚制度上之所以较为公允，实际上这仅仅是原始平等观念的遗留。而这种遗留，更多的还在于它的理论意义，因为随着社会的发展和阶级对立的加剧，它赖以生存的社会基础不久便荡然无存了。

## （四）合法子女和监护关系

婚姻关系产生的法律效力之一，是所谓合法子女的权益以及监护人的权利和义务，它们构成穆斯林婚姻家庭关系的

重要组成部分。这里所涉及的，主要是父母与子女间的关系问题。

### 1.孩子的合法身分

孩子的合法身分问题，是个至关重要的问题。所谓“合法”，实际上指的是合乎伊斯兰教的道德规范，相当于现代所说的合法夫妻的婚生子女。这个问题又同伊斯兰教的继承法和刑法相关联，因为唯有婚生子女有权继承父母的遗产，而奸生子女非但没有继承权，其母还会因有奸情而受到法律的制裁。因此，确认子女的合法身分问题，很早以前就引起古代的教法学家们的关注。传统上，伊斯兰教法承认三种确认方式：

（1）按出生确认身分

无论在父权制的古代社会还是在其后的封建制社会下，无人认领的私生子或奸生子，实质上都是个社会问题。私生子过多，必然要加重社会的负担。为了避免这种情况的发生，逊尼派四个法学派在立法倾向上都对非婚生子女深表同情，故此都规定了相当长的妊娠期。哈乃斐法学派规定：凡怀孕2年以内出生的孩子，均为合法婚生子女。沙斐仪、罕百勒、马立克三个法学派都规定，最长妊娠期可高达4年。马立克派的一些法学家甚至主张最高妊娠期可达5年或7年。这种漫长的妊娠期，古代的某些法律著作里解释为“睡胎”。但这并非说明古代阿拉伯的法学家们缺乏胎生学知识，而完全是出自社会立法的需要。因为漫长的妊娠期有利于维护被休的妻子及子女的权益，可以缓解因频繁离异而造成的

社会问题。与此同时，法律上又规定了6个月的最短妊娠期。这就是说，凡婚后6个月以上出生的孩子，均为夫妻双方的婚生子女。父亲如拒绝承认在此期间出生的孩子，等于变相指控妻子不贞，这需要提出充分的证据。而这类证据实际上很难取得，因此这项规定同样有助于维护妻子及子女的权益。由此可见，伊斯兰教法一方面维护包括任意休妻权在内的广泛的夫权，同时又力图缓解因休妻而引起的、无家可归的孤儿寡母的生活困难。

（2）按父亲的承认确认身分

伊斯兰教法规定，如果孩子的生父身分不明，可通过父亲的承认来确认父子关系。通常被认领的孩子的年龄至少比认领者小12岁半，这项标准是把法定妊娠期的最低时限（6个月）同进入青春期的法定最低年龄（12岁）加起来而定的。此外，父亲承认子女尚须符合三个基本条件。其一，被认领的孩子生父不明；其二，非属母亲与他人的奸生子；其三，认领者与孩子的生母地位相近，有可能通婚，而孩子的亲属方面不提出异议。承认方式可以是一项庄重的声明，或者是具有法律效力的行为或意思表示。随便说一句表示承认的话，没有法律效力。

（3）按过继方式确认身分

逊尼派的大多数教法学家认为，伊斯兰教前广泛流行的过继习俗（收养入族），已为《古兰经》的有关规定(33：37)所废止。但是，就一定意义而言，认领父亲身分不明的孩子这种法律习惯本身就含有收养继子的成分。另一值得注意的

情况是，对此节经文的拘束力，教法学家们历来有不同的理解。一些教法学家认为，这属于法律上“无关重要”的行为（穆巴赫），可以遵循，亦可以不予理会。所以，按照过继习俗来确认父子关系仍然十分流行，只是名义上故意不这样说罢了。

### 2. 父母对子女的监护权

作为一个家庭的成员，父母对子女的监护权是统一的、互相联系的，但习惯上又各有侧重。为便于讨论，这里不妨分别加以说明。

#### （1）母亲的监护权

所有教法学派都同意，在孩子的幼年时期，母亲有抚养、关照孩子的义务。这是对母亲的社会分工的直接确认。按照哈乃斐派法律，男孩7岁前、女孩9岁前归母亲监护。按照十二伊玛目派惯例，男孩2岁前、女孩7岁前归母亲监护。如果母亲早亡，则由家中其他女性长亲监护。母亲不因离婚而解除抚养婴儿的义务。但母亲改嫁他人，孩子的监护权通常转归父亲。母亲身为未成年子女的监护人，必须是个理智健全、有良好的道德品质，堪为孩子师表的人。在某些特殊的情况下，例如母亲叛教或患有精神病，宗教法院有权解除其监护权。

#### （2）父亲的监护权

如果说母亲对子女的监护权属于非实质性的，那末父亲的监护权则是实质性的权利。除抚养、教育子女外，父亲的

监护作用主要是财产监护和婚姻监护。监护期终止于子女进入青春期之后，通常以15岁为限。在财产监护方面，监护人的基本责任是代为未成年子女管理财产。子女的不动产，监护人无权出售、抵押或转让。可变通财产，因子女生活需要，准予变卖。婚姻监护，不同法学派有不同的规定。按照哈乃斐派和十二伊玛目派惯例，子女达到青春期的年龄，监护权即终止，子女有权自行择偶，无须监护人过问。而马立克和沙斐仪法学派则重视监护权，女孩的婚姻监护期直到出嫁以后才结束，监护人有权为她们安排终身大事。

此外，伊斯兰教法还就监护人的条件和监护顺序作过许多繁琐的规定。主要是监护人必须是个理智健全的成年穆斯林，有良好的品质，堪为子女的楷模等。监护次序首先是父亲——祖父——兄长或其他父系尊亲，其次是母亲——母系尊亲，最后是沙里亚法院的卡迪。

# 第八章

## 继承法

遗产继承问题在伊斯兰教法里占有重要地位，是穆斯林民众日常生活中常见的一种法律关系。其重要性，诚如一则圣训所言："要学习继承法，传授继承法，因为这方面的知识占全部有用知识之半。"①

伊斯兰教的继承制度，包括遗嘱继承和法定继承两种方式。前者为选择性的，后者为义务性的。遗嘱继承，按照圣训规定的基本原则，不超过被继承人全部净资产的1/3，其余2/3，适用法定继承，以《古兰经》的有关规定为依据。经文的解释和应用，为中世纪以来大多数教法学家的公议所确认。

### （一）遗嘱继承

伊斯兰教的继承法，系古代阿拉伯部落习惯与《古兰经》律例相结合的产物，反映了两种互异的思想倾向。一方面，为了适当改善女子的继承权益，以《古兰经》律例的形式，对伊斯兰教前的父系继承制作了某些修改，并明确规定

① 斐济：《伊斯兰教法概要》第387页。

了各类继承人应得的份额，从而表现出强调法定继承的意向；另一方面，在实践中并未完全废除遗嘱继承，特别是在克服法定继承的僵化性上，遗嘱继承和亡人临终前的遗赠，仍然是不可或缺的重要补充手段。这使那些被排除法定继承权的远亲、孤儿、贫民和在亡人生前曾以各种方式帮助过亡人的邻里好友有机会得到一些周济。因而，又从另一侧面反映出早年阿拉伯人的互助精神和重视宗教道德训谕的思想倾向。为了协调习惯继承与法定继承之间的关系，后来又通过“圣训”确定了两项基本原则。其一，遗嘱处分遗产，不得超过被继承人全部净资产的三分之一；其二，被继承人生前要秉公遗嘱，不得把遗产赠与法定（即经典里规定的）继承人。显然，遗嘱继承是在法定继承范围外处分一部分遗产，故为法定继承的补充形式。

**1.遗产的管理**

伊斯兰教法未规定正式的遗嘱执行人，遗产的管理权归国家，由沙里亚法院代行这一职能。伊斯兰教法规定，被继承人死亡的时间为开始继承遗产的法定时间。其间除遵循上述两项基本原则外，尚有两项具体的规定。第一，要尽力体面地安葬亡人；第二，偿还亡人生前所负债务。这意味着，在清偿亡人生前所负债务之前，亡人在法律上仍被视为遗产的所有者，而继承人只有首先偿还被继承人的债务之后，才实际取得继承遗产的资格。偿还债务的次序有时甚为重要，特别是在亡人属于没有完全偿还能力的情况之下。按照惯例，首先应从遗产中留出安葬费用，接次是偿还以财产为担保的债务，最后偿还一般债务。没有担保的一般债务，其偿还

次序尚需考虑借契成立的时间。应优先偿还亡人病危期间以前所负的债务，之后才能考虑亡人临终前所负的债务。“病危期间”，指实际导致死亡的患病期间。

### 2. 遗嘱的有关规定

伊斯兰教法规定，每一个理智健全、达到法定年龄的穆斯林都有资格立遗嘱。但对法定年龄，各派解释不一。按照哈乃斐、沙斐仪和罕百勒法学派的惯例，进入青春期的年龄（15周岁）为法定年龄。而马立克学派和十叶派法律，则强调辨别能力，通常以10岁为界限。

遗嘱不拘形式，口头遗嘱和书面遗嘱同样有效。只要遗嘱人的意图清楚，就有完全的法律效力。在某种特殊的情况下，如遗嘱人中风不语或无力讲话，一个简单的手势或点头示意，同样可看作有效的遗嘱。但是，一项有效的遗嘱必须出自遗嘱人本人的意愿。在他人唆使、诱骗或胁迫下立的遗嘱，没有法律效力。此外，直接违反伊斯兰教道德准则的遗嘱，没有法律效力。不过，教法学家们没有就此取得一致意见。例如，按照拘泥于形式的哈乃斐教法学派的惯例，只要形式上不违反继承原则，即使出于不道德目的而立的遗嘱，也同样有效。而罕百勒法学派则强调宗教道德的拘束力，出自不正当动机而立下的遗嘱，没有法律效力。

遗嘱人有权在不违反继承原则的前提下，随意确定继承人，凡有治产能力者均有权接受遗产，清真寺等宗教慈善机关亦有权接受赠与。但继承人在被继承人立遗嘱和临终前必须是个“实际存在”的人。这就是说，被继承人死亡后出生者没有继承权。不过习惯上通常承认被继承人立遗嘱后6个

月内出生者为合法继承人。以某种方式造成被继承人死亡者，无权继承遗产。这有两种意见。哈乃斐学派认为，不论犯有过失伤害还是故意伤害罪者，均被排除继承权。十叶派教法认为，排除原则只适用于故意伤害罪。如果继承人先亡于被继承人，按照哈乃斐学派惯例，遗嘱将自行作废，而按照十叶派法律，则可由直系卑亲属代位继承。

上述制约遗嘱继承的两项基本原则，在实施细则上往往因教法学派的不同而有差别。如遗嘱继承的比例已超出被继承人全部净资产的1/3，原则上必须取得法定份额继承人的同意。按哈乃斐法学派的惯例，只能待被继承人死后再征询意见。而按照十叶派教法，超过限额部分的分配，在被继承人生前即可征循有关法定继承人的意见。若只有部分份额继承人表示默认，超过限额部分应当从默认者的份额中扣除。如份额继承人持有异议，超过限额部分应予削减。如果遗嘱人生前未规定削减的比例，按照逊尼派的惯例，则应采取确定基数、按各自所得额外遗产的比例削减的原则。唯一的例外，是奉献予宗教慈善事业的遗赠，不受按比例削减原则的制约。

另一基本原则，即不得为份额继承人立遗嘱的原则，逊尼派与十叶派同样有不同的解释。逊尼各法学派以公议的形式确认，为双亲和至亲（属份额继承人）立遗嘱的“定制”（《古兰经》2：180），已为经典里后来规定的“法定份额”继承原则所废止，故严守这一基本原则。而十叶派（十二伊玛目派）则否认“废止”说，只要不违反三分之一的限额，即使以遗嘱方式把部分遗产转让与份额继承人，也同样是有效的。这一分歧，主要是因为两派继承法所产生的历史环境

不同，这点将在下文中予以说明。

### 3.临终前的遗赠

亡人临终前的遗赠，是个比较复杂的法律问题，经常引起纠纷。这类赠与，在性质上介于遗嘱处分财产与赠与处分财产之间，受遗嘱继承和赠与两方面法规的制约。穆斯林学者有的将它归类于继承法，有的将它划归瓦克夫法的范畴。

临终前的遗赠，指被继承人在“病危”期间以赠与的方式处分其部分遗产的行为。由于“病危”在时间概念上同样属于“生前”，因而亡人临终前的遗赠同亡人生前的一般赠与时常混淆不清。为此，伊斯兰教法就“病危”的含义作了三点规定：(1)病危指患有实际上导致死亡的疾病；(2)所患疾病必须是使亡人产生死亡恐惧感的疾病；(3)必须是有某种外部征兆的疾病。这些规定关系到遗赠是否有效的问题，因为临终前的遗赠直到遗赠人死后才产生法律效力。如果遗赠人在立下遗言以后依然健在，所赠遗产就超出遗赠的法定范围了。为了避免这种混乱，法律上还规定，亡人在病危期间所患之症必须是长期不治之症，排除了久治不愈的慢性病。尽管如

本规定和手续，其中最重要的是赠与必须是出自本人的意愿，并转移财产占有权；第二，必须遵循遗嘱处分财产的两项基本原则，即所遗财产不得超过亡人全部淨资产的1/3和不得将财产遗赠与法定份额继承人。所以，遗赠系以遗嘱方式处分遗产的一种形式。

## （二）法定继承

法定继承是对遗嘱继承相对而言的，指的是按照伊斯兰教的继承制度，将遗产转让与法定继承人的行为。法定继承是《古兰经》立法的产物，体现了古代阿拉伯部落继承习惯同新的继承制度的合二而一。下面就以哈乃斐学派为代表的逊尼派继承制度和十叶派继承制度分别加以说明。

### 1. 逊尼派法定继承的基本原则

伊斯兰教前的父系制氏族社会下，只承认父系男性亲属的继承权，女子和未成年者没有继承权。继承原则可概括为：(1)唯有父系男性至亲有资格继承遗产；(2）女性亲属没有继承权；(3)卑亲优先于尊亲，尊亲优先于旁系亲属；(4）处于同一级第的亲属均分遗产。

伊斯兰教引进的立法改革，最突出之点是首次确认了部分女性亲属的继承权。其基本原则是：(1）丈夫和妻子有权互相继承遗产；(2)女性亲属和母系亲属有资格继承遗产；(3）父母和直系尊亲有权继承遗产，不被晚辈卑亲属所排除；(4)处于同一亲等的男子得两倍于女子的份额。

伊斯兰教法提出了两类法定继承人的概念。一是《古兰

经》里规定的继承人，他们有权按照经典里规定的固定份额继承遗产，故又称为"份额继承人"。另一类继承人是父系男性至亲，这是旧的部落继承人的延续。按照继承法规定的基本原则，在分配遗产时，应首先满足份额继承人的要求，父系男性至亲作为旧的继承人，仅有资格取得分割遗产后的"余产"。但是，这项基本原则只能理解为对《古兰经》立法原则的尊重，并不意味着前者一定能获得遗产的大部分，而后者只得"零头"。因而，所谓"余产"只表示分割遗产的次序，不过是一种不准确的习惯说法罢了。

**2.继承人的等级**

哈乃斐法学派将所有继承人划分为两大类七个等级：

（1）基本继承人

基本继承人包括三个等级，即份额继承人、父系继承人和远亲。远亲通常被排除继承权，实际继承遗产的，主要是前两类继承人。

（2）补充继承人

这类继承人包括四个等级，即以契约方式取得继承权的契约继承人、以认亲方式取得继承权的认亲继承人、以接受遗赠方式取得继承权的遗赠继承人和享有法人地位的公共金库。

契约继承权，通过释放奴隶或建立"友谊"关系取得。前者指的是奴隶主根据契约继承释奴遗产的权利，后者指的是一个人与另者建立"友谊"，一方面代其承担赔偿血金的义

务，同时取得继承遗产的权利。认亲继承权，通过承认亲属关系取得，即一个人正式承认另者为自己的“亲族”，从而取得继承权。遗赠继承权，指的是亡人未遗有任何亲属的情况下，外人以接受遗赠的方式取得继承权。而公共金库作为合法继承人，则是古代阿拉伯人的一种习惯，即国家作为最后的继承人，有权将没有继承人的“无主”财产收归国有。这一惯例仅为马立克法学派所遵循。

以上四种补充继承人实际上继承遗产的机会很少，这种讨论仅具有纯理论的兴趣。

3.排除原则

排除原则在实际执行中涉及继承资格和继承顺序问题。这里说的继承资格，指的是因为某种法律原因而被剥夺了继承权，计有四种情况：(1)非穆斯林无权继承穆斯林的遗产；（2）故意杀害或过失杀害被继承人者无权继承遗产；(3)奴隶无权继承奴隶主的遗产；（4）私生子无权继承生父的遗产。

至于另一种排除，即仅影响到继承顺序的排除原则，则有两种情况：不完全排除和完全排除。不完全排除，指的是一个继承人因为有优先顺序的继承人的存在而被削减通常应得遗产的份额，或从一个等级被降至另一个等级，即被部分地排除了继承权。例如，亡人的姐妹通常为经典里规定的份额继承人，但是如果亡人还遗有一个兄弟，按照同一级第的男子优于女子的惯例，姐妹便丧失了份额继承人的资格，只得随兄弟一起以父系继承人的身分继承遗产。完全排除原则旨在维护基本继承人的经济权益。在所有继承人中，除丈

夫、妻子、父亲、母亲、儿子、女儿六类基本继承人外，其他继承人都可能为更优先的继承人所排除。例如亡人的兄弟可以为儿子或父亲所排除。排除原则为伊斯兰教继承法增添了活力，也使法定继承在实施中呈现纷繁复杂的情况。

**4.份额继承人的权益**

份额继承人为第一顺序继承人，包括十二类亲属：丈夫、妻子（以上为姻亲）、父亲、祖父、母亲、祖母、女儿、孙女、同胞姐妹、异母姐妹、异父兄弟和异母兄弟（以上为血亲）。

值得注意的是，上述继承人中八类是从前没有继承权的女性亲属、三类（不含丈夫）是原来地位显赫的父系男性亲属，而后四类又属于旁系亲属。这种三个级第相交织的结构，使遗产的实际分割变得极为复杂，通常靠排除原则来确定继承顺序和各自应得的份额。其基本原则是：(1)卑亲优先于尊亲，尊亲优先于旁系；（2）同一级第内部，以同亡人关系的亲疏来决定继承顺序；（3）重视血缘关系，嫡亲排除宗亲和表亲。结果，除丈夫和妻子处于相对稳定的地位外，其余十类继承人的地位和实际所得份额，经常处在不断的变动之中。让我们依次加以说明。

丈夫：通常份额为亡人全部净资产的1/4。亡人未遗有子女或孙子女，份额增至1/2。如果子女仅属于亡偶或亡偶与前夫所生子女，丈夫的份额不受影响。

妻子：通常份额为1/8。两个妻子共同继承遗产，各得之半。如果亡偶未遗有子女或孙子女，妻子的份额增至1/4。

父亲：父亲的继承权有三种不同情况。亡人遗有儿子，

父亲仅领取通常份额，即1/6。如果亡人仅遗有一女或一孙女，父亲除得1/6的固定份额外，还可得到作为父系继承人应得的“余产”。如果亡人未遗有子女或孙子女，父亲只能以父系至亲的身分承受遗产。

祖父：祖父作为份额继承人为“圣训”所增补。通常份额为1/6。如果亡人的父亲还在世，祖父被排除继承权。如果亡人未遗有父亲、子女或孙子女，祖父以父系至亲身份继承遗产。同父亲一样，如果亡人仅遗下一女儿或一孙女，祖父则以双重身份继承遗产，除领取1/6的固定份额外，还可得到析产后的“余产”。

母亲：通常份额为1/6。如果亡人未遗有子女或孙子女，母亲的份额增至1/3。如果亡人遗有一兄弟或一姊妹，母亲的份额不受影响（仍为1/3）。如果亡人遗下两个父系旁亲，不论是两个堂兄弟、堂姊妹或一堂兄弟和一堂姊妹，母亲的份额被削减至1/6（通常份额）。但是，如果亡人遗下丈夫和父母，势必产生一种特殊的情况。因为按照通常原则，丈夫在亡人未留有子女的情况下应得1/2，父亲作为父系继承人应得1/6，而母亲作为份额继承人反而得1/2，这显然违反了同一级第的男子得两倍于女子份额的遗产分配原则。在这种情况下，解决的办法是先固定丈夫的份额(1/2)，然后将余产的1/3分配予母亲，结果母亲实得1/6，父亲实得1/3。同样，如果亡人遗下妻子和父母，则妻子得1/4，父亲得1/2，母亲得1/4。可见，在解释和实施《古兰经》立法时，需要照顾到父系男性至亲原来所享有的优越地位。但是祖父不再享有这种地位，母亲不因祖父的存在而被削减份额。

祖母：经典里未提及祖母的地位，其继承权为“圣训”

所增补。但是，祖母实际上仅作为次要的继承人参加遗产的分配。哈乃斐教法学派将祖母和外祖母列为一组亲属对待。祖母与外祖母同为继承人时，则均分1/6份额。基本原则是与亡人关系更密切的排除较远的。因此，祖母的继承权为母亲所排除；同样，也为同亡人血缘关系更密切的祖母或外祖母所排除。

女儿：通常份额为1/2。两个女儿共同继承遗产，共得2/3但是，如果亡人还遗下一个儿子，整个分配方案就被改变了。按照惯例，儿子为父系至亲，女儿为份额继承人，但儿子有资格把女儿“转化”为父系继承人。例如，亡人遗下母亲和二子一女。在这种情况下，母亲得1/6（通常份额），儿子各得1/3，女儿作为“转化”的父系亲属，仅有资格得儿子份额之半，即1/16。同样，如果亡人仅遗下二子三女，则儿子各得2/7，女儿各得1/7。如果亡人遗有父母、丈夫、二子一女，则父母各得2/12，丈夫得3/12（以上为通常份额），儿子各得2/12，女儿1/12。

孙女：孙女的继承权与女儿的继承权相联系，并颇为相近，通常份额为1/2。如果亡人遗下两个以上的孙女，其份额增至2/3。女儿与孙女共同继承遗产，共得2/3，其中女儿作为更直接的继承人，得1/2；孙女作为间接的继承人，仅得1/6。但是，如果亡人遗有两个以上的女儿和一孙女，孙女的地位就没有保证了，因为按照经典的规定，二女应得遗产的2/3。在这种情况下，则需要采取同一级第“转化”的原则，即女儿以儿子的身分、孙女以孙子的身分继承遗产。这一由份额继承人“转化”为父系继承人原则的实施，将对孙女的地位产生两种不同的影响。在这个例子里，女儿仍共得2/3，而孙

女则同假定存在的孙子共同继承析产后的“余产”(1/3)，结果孙子得2/18，孙女仅得1/18。这显然有利于孙女，因为毕竟分得了少量遗产。然而，如果亡人遗有女儿、孙女外加一个孙子，情况就完全不同了。这时，由于孙子的存在，孙女不再同女儿一起作为份额继承人，而是随孙子一起作为父系继承人，继承析产后的“余产”。因同时还可能存在其他的主要继承人，如父母、遗偶，所剩遗产无几，有时甚至没有剩余。因而，孙女有时因孙子的存在而被排除继承权。

同胞姐妹和异母姐妹：这两类继承人享有同等的权利。通常份额为1/2。如果同时存在两个继承人，则共得2/3。但是，这两类继承人的权利经常是没有保证的。如同祖父母和孙女一样，他们时常被更直接的亲属排除继承权。例如，经常为儿子、孙子、父亲、祖父所排除。异母姐妹还为同胞兄弟所排除。

此外，这两类继承人还时常因为直系血亲或父系男性亲属的存在而被改变地位或削减份额。这大体上有三种不同的情况。一种情况是因为直系血亲的存在被降为次要的继承人。例如，同胞姐妹与女儿共同继承遗产时，各得1/2。如果亡人遗有两个女儿，其份额增至2/3，而同胞姐妹的份额则被削减为1/3。在这里，身为份额继承人的女儿为主要继承人，而同胞姐妹则由份额继承人降为旁系亲属，仅有资格领取析产后的少量“余产”。另一种情况是因为父系男性亲属的存在而被改变身分。例如，同胞兄弟与同胞姐妹共同继承遗产时，前者得二倍于后者的份额。同样原则也适用于异母兄弟与异母姐妹同为继承人时遗产的分配比例。这一原则，即前文叙及的同一级第的男子得二倍于女子的份额。在这里，同

胞姐妹或异母姐妹因同胞兄弟的存在而被“转化”为父系亲属。可见，在遗产分配中，仍以男子为血缘关系的纽带。还有一种情况，即由于父系亲属的存在而使异母姐妹处在一种不稳定的地位。例如，如同女儿和孙女同为继承人时的情形一样，同胞姐妹与异母姐妹共同继承遗产时，他们共得2/3，其中1/2归同胞姐妹，1/6归异母姐妹。如果亡人遗有两个同胞姐妹，异母姐妹便分不到“余产”了，实际上被排除了继承权。但是，如果亡人还遗有一个异母兄弟，整个分配方案又被改变了。因为异母兄弟作为父系男性亲属，通过与亡人的血缘关系，有资格把异母姐妹从经典里确认的份额继承人“转化”为父系继承人，从而使她有机会分得少量“余产”。总之，这两类继承人的地位和份额，经常因为兄弟、女儿或孙女的存在而受到各种不同的影响。

异父兄弟和异父姐妹：在一个离婚频繁、家庭关系易于破裂的古代阿拉伯社会中，大量异父亲属的存在是常见的现象。但是，这两类亲属很少有机会分得遗产，因为他们经常被儿子、女儿、孙女、父亲、祖父这些直系血亲所排除。如果亡人未遗有上述直系血亲，这两类旁系亲属可得1/6。两个旁系亲属同为继承人时，份额增至1/3。这一级第的所有继承人享有同等权利，不实行一个男子得两倍于女子的份额的原则。

这一级第在两种情况下往往发生遗产纠纷。一是当亡人遗下母亲(1/6)、丈夫(1/2)、两个异父兄弟和两个异母兄弟时。在这种情况下，如果遵循优先满足份额继承人权益的基本原则，则异父兄弟各得1/3，这样就把全部遗产分割完毕了，而同胞兄弟事实上等于被排除了继承权。在这种情况

下，为了适当照顾到身为父系男性亲属的同胞兄弟的权益，通常判定四兄弟均分析产后的1/3余产。这就是本书第二章叙及的历史上有名的"驴案"。另一种情况是当母亲(1/6)、丈夫(1/2)、祖父、两个异父兄弟和两个同胞兄弟共同继承遗产时，在这种情况下，势必涉及到祖父的排他权问题。按照马立克教法学派的惯例，祖父有权以父系继承人的资格与同胞兄弟共同继承"余产"。由于祖父有资格排除血缘关系较远的异父兄弟，因而后者往往要求变更份额继承人的身分，以父系继承人资格参加"余产"的分配。而马立克教法学派规定，异父兄弟不得"转化"为父系继承人。所以，在这个案例里，祖父有权继承全部余产(1/3)，而同胞兄弟和异父兄弟则被排除了继承权。

然而，哈乃斐教法学派对上述两个判例抱有不同的意见。该派认为，父系亲属永远是父系亲属，故在"驴案"里，如按照优先满足份额继承人的原则，身为父系继承人的同胞兄弟无权以份额继承人的资格继承遗产，故应理所当然地为异父兄弟所排除。而在第二个判例里，如按照哈乃斐法学派的惯例，祖父具有双重身分，作为份额继承人优先于异父兄弟，作为父系继承人优先于同胞兄弟，因而有权排除二者。

### 5.父系继承人的权益

父系继承人为第二顺序继承人，在继承顺序上仅次于份额继承人。原则上，不存在份额继承人或扣除份额继承人的份额后仍有"余产"时，则由父系继承人继承。父系继承人包括父系男性亲属和父系女性亲属。前者包括儿子、孙子、父亲、祖父、同胞兄弟、异母同兄、侄子、叔伯父等。后者

包括4类特别规定的女性亲属，即女儿、孙女、同胞姐妹和异母姐妹。其中女儿和孙女在与同一级第的儿子和孙子共同继承遗产时，作为父系亲属对待；同胞姐妹和异母姐妹在与同一级第的同胞兄弟和异母兄弟共同继承遗产时，作为父系亲属对待。否则，仍以份额继承人的资格参加遗产的分配。这就是说，她们是通过男子的权利，有条件地暂时“转化”为父系亲属的。

这里需要作两点说明。其一，父系亲属原来仅包括有共同血缘关系的父系男性至亲，在伊斯兰教前的父系制氏族社会下，唯有他们有权继承遗产。这种优越地位，在伊斯兰教的继承法里再次得到肯定。除儿子和同胞兄弟外，孙子、父亲、祖父、异母兄弟均被确认为法定份额继承人，而儿子和同胞兄弟的权益，则通过同一级第的男子得两个女儿的份额这一基本原则得到保障。其二，父系男性继承人的大部分，同时又是经典和教法所确认的份额继承人，因而他们时常具有双重身分，有时既领取固定份额，又领取析产后的“余产”。份额继承人中的女性亲属虽然通常不被排除继承权，但扣除其应得的份额外，“余产”并不是“零头”，数额常常是很可观的，甚至是遗产的大部分。这部分财产实际上正是为了照顾父系男性至亲而专门留置的。

鉴于以上两种情况，我们在讨论遗产继承时，尽管已就份额继承人，其中包括父系继承人的权益作了较为详细的说明，仍有必要简要说明一下旧的父系继承制对法定继承所带来的影响。

父系继承制对法定继承的影响主要表现在以下四个方面。第一，是旧的父系继承原则与新的法定继承原则达成了

有条件的妥协。表现在继承顺序上，即父系继承人只有在不存在《古兰经》里规定的份额继承人或份额继承人分割遗产后仍有盈余时，才有资格继承遗产。但是，这一原则并不是绝对的，有时则被打破。例如，亡人遗有二子一女。女儿原属份额继承人，但由于儿子的存在，只能随儿子一起作为父系亲属对待。这样，女儿不仅被改变了身分，份额也从原来规定的1/2削减为1/5，而儿子则得二倍于女儿的份额，即各得2/5。第二，在继承顺序上确认和沿袭了旧的父系继承制的另一原则，即卑亲优先于尊亲，尊亲优先于旁系，但同样达成了妥协。例如，儿子与父亲同属父系男性至亲，但儿子为卑亲，父亲为尊亲，故儿子有权排除父亲。不过，这种“排除”并非完全排除其继承权而仅限于变更其身分，即父亲由原来的父系至亲转变为份额继承人，得经典里规定的1/6固定份额，而儿子得5/6。第三，在同一等级内部，与亡人血缘关系更密切的排除较远的。也就是说，不实行代位继承原则。例如，儿子与孙子共同继承遗产时，全部遗产归儿子，孙子被排除继承权。第四，在同一级第的次要继承人内部，以父系血缘关系的亲疏来确定继承顺序。例如，同胞兄弟优先于异母兄弟，异母兄弟排除同胞兄弟的儿子。

以上四项原则反映了古代父系制与《古兰经》立法原则的交互影响。其结果是，唯有被继承人的姻亲和三代直系血亲，即丈夫、妻子、儿子、女儿、父亲、母亲六类基本继承人经常有机会继承遗产，并有权完全或部分地排除次要的继承人。

### 6.远亲的权益

按照沙里亚法典的规定，“远亲”指份额继承人和父系男性继承人以外的亲属，即部分父系女性亲属和母系亲属，包括外孙子女、外祖父母、姪女、姑母、外甥、外甥女等。这些远亲虽被列为第三顺序继承人，实际上极少有机会继承遗产。原则上，只有不存在前两个顺序的继承人时，远亲才有资格继承遗产。马立克教法学派不承认远亲的继承权，逊尼派其他三个法学派对远亲的权益给予适当的照顾。在特殊的情况下，因为满足份额继承人的份额后仍有盈余，而亡人又未遗有远亲，致使遗产继承发生障碍。因为这关系到按照什么样的原则来处分“余产”的问题。哈乃斐教法学派通常采取“归还”(拉德）原则，即把析产后的余额按比例“归还”给份额继承人。而马立克教法学派则把余产视为“无主财产”，以公共金库的名义收归国有。

### 7.十叶派的法定继承

逊尼派与十叶派教法最明显的差异是在继承法领域，故有必要就十叶派继承法的基本特征作一简要的说明。两派的分歧根源于对《古兰经》律例所取的不同态度。逊尼派教法学家认为，《古兰经》律例尽管在许多方面对古阿拉伯的部落继承习惯作了修改，但并未废除习惯法。因而，逊尼派继承法既重视法定继承原则，又适当照顾到遗嘱继承惯例。而十叶派教法学家则认为，旧的父系继承制已为《古兰经》律例所废止，因而他们以经典的有关规定为依据，制定了新的继承制度。

十叶派继承原则的根本出发点，在于保障以夫妻为核心

的直系亲属的权益。除亡人的遗偶（即丈夫或妻子）作为固定不变的法定继承人领取经典规定的份额(1/4或1/8)外，其他所有继承人被划分为三个基本等级。第一等级包括（1）父母和（2）直系后代；第二等级包括（1）祖父母和（2）兄弟、姊妹及其子女；第三等级包括（1）叔伯父、婶伯母及其父母和子女（2）舅父母及其父母和子女。不同于逊尼派继承法的是，父系男性至亲不享有优先权。十叶派对他们不表温情，诚如一则“圣训”所言：“父系亲属脸上沾染了灰尘”。除儿子享有同逊尼派继承法里同等的权利外，其他父系继承人没有任何特权。继承顺序是：（1）前一等级排除后一等级；（2）前两个等级每一组继承人（如父亲与母亲、兄弟与姊妹等）的内部，与被继承人关系亲密的排除稍远的，而在每两组继承人之间，则不分先后，由两组的优先权者共同继承遗产。也就是说，排除原则适用于不同的等级之间和同一等级、同组继承人的内部，但不适用于同一等级、不同组的继承人之间。（3）第三等级为次要的继承人，因很少有机会继承遗产，实行绝对排除原则。在每一组继承人的内部，与被继承人关系最密切的，排除所有其他继承人。让我们以三个例子来说明两派继承法之区别。

〔例1〕：亡人遗有母亲、女儿和同胞兄弟。按照逊尼派继承原则，母女为份额继承人，分别得1/6和1/2，兄弟为父系继承人，得1/3。而按照十叶派继承原则，母女分属第一等级第（1）（2）组继承人，有权共同继承遗产，而兄弟属于第二等级，故被排除。母女分别得1/6和1/2，再加上“归还”的余产。结果，母亲得1/4，女儿得3/4。

〔例2〕：亡人仅遗有叔父和侄女。按照哈乃斐法学派的惯例，侄女（远亲）通常没有继承权，而叔父作为父系亲属

有权继承遗产。而按照十叶派继承原则，侄女属于第二等级继承人，有权排除属于第三等级的叔父。

〔例3〕：亡人遗有兄弟和外孙。按照哈乃斐法学派的惯例，兄弟有权继承全部遗产，而外孙则被排除继承权。而按照十叶派继承原则，结果则正好相反。因为兄弟属于第二等级继承人，而外孙属于第一等级继承人，故有资格排除兄弟。然而，外孙继承遗产，在逊尼派继承法里是不可思议的。

从以上几个例子里，可以看出十叶派继承法与逊尼派继承法的根本区别在于：逊尼派强调在较为广泛的父系大家族内部处分遗产，适当照顾到女子的权益，而十叶派则倾向于在范围较小的家庭内部处分遗产；在逊尼派继承法里，父系男性至亲享有优先权，而在十叶派继承法里，这种优越地位基本上不见了，而母系亲属和父系女性亲属的权益则得到了更充分的照顾。这些差异似可从两方面得到解释。

首先，两种法律制度产生的社会历史条件不同。逊尼派继承法，如前所述，是在父系继承制的基础上逐步发展而成，其间虽通过《古兰经》立法和圣训立法作了修改和调整，但仍保留了不少原始公社制末期的习惯。其中最显著的特征，是以新旧两种继承制相妥协的方式，重新确认和保留了以血缘关系为基础的父系男性至亲的特权。而十叶派继承法则是在稍晚时期产生于伊拉克的城市社会，那里因受波斯帝国的影响，较早完成了封建化的进程，故在财产关系上没有因袭贝杜因部落传统。

另一值得注意的因素是宗派纷争的影响。我们知道，先知穆罕默德未留下子嗣。阿里和法蒂玛的后裔实际上是通过先知之女法蒂玛的亲缘关系取得圣族资格的，法蒂玛与阿里

之子后来又被十叶派宗奉为伊玛目。古代阿拉伯人虽然没有世袭制和长子继承制传统，但是以女子为联系纽带，毕竟是例外而非通例，特别是在社会上还普遍存在着轻视妇女的情况之下。伊斯兰教法的实体既然是由法学家们所制定，自然难免不受宗派纠纷的影响。因此，在这个意义上不妨认为，十叶派继承法之所以改善了母系亲属和父系女性亲属的地位，也包含有以此来论证其伊玛目教义的意向，至少与这种教义是并行不悖的。这种看法还可以从十叶派继承原则一则绝无仅有的例外得到印证。按照十叶派继承顺序，如果亡人仅遗有一个叔父和一个堂兄弟，则与亡人关系更密切的叔父理应排除侄子，而实情却恰好相反：全部遗产归侄子。这一“例外”显然与“政治需要”不无关系。因为穆罕默德亡故后面临的遗产纠纷刚好是叔侄之争。阿里为穆罕默德的堂弟，而阿巴斯则是阿里的叔父。阿里后来被推举为第四代哈里发，之后又被十叶派宗奉为第一代伊玛目，从而取得政治继承权。十叶派为了遵循它的伊玛目教义，因而承认这一习惯为十叶派继承法绝无仅有的例外，这种推断不能说是没有根据的。

# ○ 第九章

## 瓦克夫法

瓦克夫法，又称瓦克夫制度，为伊斯兰教法的重要领域之一。其显著特征，是把宗教所提倡的虔诚向善与传统伊斯兰社会所固有的经济体制有机地溶为一体。自然，它也是一个难度颇大的研究课题。这不仅是因为关于瓦克夫法的历史文献浩如烟海，研究者时常感到望而生畏，也因为世界上信奉伊斯兰教的各民族社会经济背景迥异，各地的习惯差别很大，不可一概而论。所以，这里只作一般性的介绍。

### （一）赠与的基本形式和有关规定

穆斯林学者大多把瓦克夫法与赠与法合并在一起讨论，因为广义而言，“瓦克夫”（奉献予宗教慈善目的的财产）属于赠与的一种特殊的形式，不了解赠与法，难以弄清瓦克夫法的实质。因此，在讨论瓦克夫法之前，需要首先就赠与的基本形式和有关规定作一简要的说明。

#### 1.赠与的两种基本形式

习惯上，一个穆斯林以赠与的方式转让财产，主要采取

两种形式。一是生前即把财产赠与他人，称为生前处分财产。一是以临终遗嘱方式，死后将财产转让予他人，称为死后处分财产。二者的根本区别在于，前者属于赠与法的范畴，所赠财产的数量不受限制，而后者属于继承法的范畴，数额不得超过一个人全部净资产的1/3。如前所述，1/3的限定，一方面是为了保证法定份额继承人的权益，同时也是为了保证继承法的全面实施，防止被继承人以遗赠的方式把全部财产转让予直系血亲，从而破坏伊斯兰教继承法的基本原则。但是，这项限制在实际实施中仍可能受到其他法规的干扰，因为一个被继承人可以生前赠与的方式，完全合法地将财产转让予儿子或其他直系血亲。所以，赠与法在实践中往往与法定继承原则相悖。这种情况之所以难以避免，其原因就在于，随着原始公社制的解体和私有制的确立，人们普遍倾向于把遗产留给自己的直系血亲，而法定继承的局限性不能适应这一变化了的社会现实，因而不得不加以调整。赠与法正是为了改变这种状况而采取的习惯调整。

生前赠与，通常采取两种形式。一种称为“希巴”，即不受限制地、无偿地转让一件财产的实体，包括占有权、使用权和处分权；一种称为“阿里亚”，即无偿地转让一件财产的用益权。这里讨论的瓦克夫制度，基本上属于后者的范围。

### 2. 赠与的有关规定

（1）赠与人、受赠人和可赠与之物

伊斯兰教法规定，凡理智健全的成年穆斯林，都有资格作为赠与人，妇女享有同等的权利。沙里亚法院在审查赠与

人资格时，通常只考虑赠与人是否理智健全，有辨别能力。任何个人都有权接受馈赠，清真寺、学校、医院等公益事业单位，亦可接受捐赠。未成年者或理智不健全者接受赠与，须由财产监护人充当代理人。关于赠与物的性质，法律上未作过明确的规定。祖传财产、个人所得财产，动产、不动产，均可作为赠与之物。但是，所赠财产，赠与人必须拥有完全的所有权或处分权。

（2）赠与的基本条件

不言而喻，赠与是赠与人与受赠人之间的法律行为。一件馈赠是否有效，取决于三项基本条件。第一，赠与人关于馈赠的声明；第二，受赠人关于接受馈赠的声明；第三，转移所赠财产的占有权。第一项条件是为了证实赠与人是否确有真诚的动机。第二项条件涉及受赠人是否愿意接受。第三项条件为实质性条件。赠与人只有将所赠财产的占有权移交受赠人并为受赠人所接受，在法律上才构成一项有效的赠与。仅在帐面上办理移交手续，没有法律效力。如果所赠之物如土地，事实上已由赠与人的佃户所占用，那末赠与人只需转移租佃权就够了。如果赠与物是作为保证物的抵押财产的取回权，则可不必转移占有权，只需通知抵押权人该财产的所有权已转让予受赠人。伊斯兰教法不重视书面证据，赠与可采取口头宣布或书面宣布任何一种形式。

### 3.可分割和不可分割财产

如上所述，赠与人仅有权处理拥有完全所有权或处分权的财产。这一原则在实践中经常遇到两种情况，即可分割财

产和不可分割财产的赠与权问题。按照伊斯兰教法的惯例，通常把分割后不损害用益价值之物视为可分割财产，而分割后有损于使用价值之物，则被视为不可分割财产。这一区别直接涉及到共有财产的转让问题。

原则上，赠与人仅拥有部分所有权的共有财产，如果属于可分割财产，如共有的房屋或土地，只有在赠与人所有部分自财产主体中分离出去以后才能合法地赠与他人，否则无效。反之，如果所赠财产属于不可分割财产，尽管赠与人没有完全所有权，仍可完全合法地赠与他人。但是，这种情况实际上指的是共有财产的用益权或使用权的转让。例如，甲某把自己的房子馈赠乙某，同时把与邻居丙某共有的楼梯也赠与乙某，由乙某与丙某共同使用。按照哈乃斐教法学派的惯例，无偿出让可分割而未予分割的共有财产，属于不正常的、手续不完备的赠与，只要补办分割手续、转移占有权，仍可视为有效的赠与。而沙斐仪教法学派和十二伊玛目派法律则不予区别，即使属于可分割而未予分割的共有财产，赠与人只要放弃所有权、转移占有权，同样可看作有效的赠与。

## （二）瓦克夫的基本形式和有关规定

### 1. 瓦克夫的两种基本形式

“瓦克夫”，阿拉伯文的原意为“保留”或“扣留”，专指“保留”真主对人世间一切财产（真主的创造物）的所有权，或“留出”一部分财产用于宗教慈善事业。作为伊斯兰教法律术语，这一词语包含有双重意义：专门用于宗教慈善目的的国有土地，或为了资助宗教慈善事业而捐献的基金。

按照《伊斯兰教百科全书》的解释，瓦克夫指“一件在保留其实体的同时能产生用益价值之物，其所有者在转让处分权的同时，约定将其收益用于限定的慈善目的。”意即一件财产的所有者以奉献真主的名义，冻结了财产实体并把用益权奉献予捐赠者本人规定的宗教慈善目的。这种将财产所有权与使用权永久性分离并专门用于宗教慈善目的的土地、财产，即瓦克夫或慈善捐献财产，亦称“义地”、“义产”。

如前所述，瓦克夫既是赠与的一种特殊形式，其性质当然有别于一般赠与（希巴）和用益权的无偿转让(阿里亚)。“希巴”,可理解为完全赠与，包括所有权、使用权和处分权，而瓦克夫则属于不完全赠与，仅限于用益权的转让;“阿里亚”是无偿转让用益权的总称，适用于世俗和宗教双重目的，而瓦克夫只能用于限定的宗教慈善目的，至少在理论上是这样。

如果按照发展和演变的最终结果划分，瓦克夫可分为两种不同类型。一种是捐赠人一开始就明确宣布用于宗教慈善事业的捐赠，称为公益瓦克夫。例如，宣布把一块土地或一座商店的收益作为宗教慈善基金，奉献予清真寺、学校或医院。一种是捐赠人宣布把一件财产的收益首先留归自己的子孙后代享用，直到没有受益人时再用以赈济贫民和需求者，称为家庭瓦克夫。这后一种形式，虽然同人们通常所理解的宗教慈善事业不相吻合，但在伊斯兰国家里同样广为流行，并为伊斯兰教法所确认。

如果按照受益人的经济状况划分，瓦克夫则可划分为三类，即作为社会公益事业、供富人和穷人共同用益的公共瓦克夫，首先供富人、最终供穷人用益的私人瓦克夫（即家庭

瓦克夫）和专门用来赈济贫民的济贫瓦克夫。

### 2.瓦克夫的有关规定

瓦克夫法的有关规定，为中世纪时期的教法学家们的公议所确认，但各教法学派的解释不尽相同，同一教法学派内部也时常因人而异。这里介绍的基本上是哈乃斐教法学派的主张，适当兼顾到其他教法学派的观点。

（1）捐赠人、受益人和可捐赠之物

伊斯兰教认为，行善是每一个穆斯林应尽的义务，故任何理智健全的成年穆斯林都有资格作为瓦克夫捐赠人。未成年者本人和监护人代替未成年者捐赠的瓦克夫，没有法律效力。

瓦克夫既然包含有宗教慈善性质，受益人当然应当符合这一基本条件。但是，伊斯兰教法对“慈善”的含义作了相当宽泛的解释，因而贫困并非受益人的唯一条件，虽然捐赠瓦克夫的目的包含有济贫。公益瓦克夫的受益人是社会公益事业单位，诸如清真寺、学校、医院、浴池、公墓、陵园、研究机构等。这些设施的管理人员和瓦克夫的管理人亦有权受益。家庭瓦克夫的受益人可以是捐赠者本人、家庭和子孙后代，或非亲非故的穷人和需求者。

法律上对所赠财产的性质作了三方面的规定。第一，所奉献之财产必须是能够为真主“悦纳”之物，即必须符合伊斯兰教道德规范。例如，禁止把赌场捐作瓦克夫。第二，所奉献之财产必须是捐赠人拥有完全处分权之物。第三，所奉献之财产必须是有永久使用价值、能产生用益权之有形财

产。动产原则上不能献作瓦克夫。但哈乃斐教法学派承认以下三种动产可视为例外：其一，与不动产永久性地联系在一起的动产；其二，马匹、骆驼等家畜；其三，书籍和家具。

(2)捐赠瓦克夫的形式

伊斯兰教法未就此规定严格的程序。捐赠瓦克夫通常不需要立书面字据，仅要求以口头形式，明确宣布捐赠瓦克夫的动机和用于哪些限定的目的。哈乃斐学派大多数教法学家不主张转移所赠财产的占有权。而哈尼法教长的弟子沙巴尼则坚持，一项有效的瓦克夫必须符合三个基本条件。第一，捐赠人关于捐赠的声明；第二，任命所赠财产的管理人；第三，转移占有权。十叶派的主张与此相似，即坚持一项有效的瓦克夫必须办理移交手续，否则无效。此外，还有一种事实上的承认。如果一块土地长期用于宗教慈善目的，在法律上则认为，这种长期的占有和使用已构成有效的瓦克夫，虽然使用者提不出受赠的法律证据。这是教法对习惯的让步。

（3）瓦克夫财产的性质

瓦克夫是一种特殊的所有制形式。为了把这种所有制关系固定下来，古代的法学家们就所赠财产的性质作了一系列的规定。

首先，捐赠瓦克夫必须是永久性的。按照哈乃斐教法学派的主张，即使是为捐赠者的家庭和子孙后代留用的瓦克夫，同样必须附有永久性的用益条件，即规定在所有受益人死后，这笔财产终将用以救济贫民和需求者。不过，这一限定并不是绝对的。违反这一限制条件或有时限的瓦克夫，并

不因此而失效。这是教法学家们对社会习惯的让步。

其次，瓦克夫财产的不可转让性。法律上规定，留作瓦克夫的财产实体，不得以任何方式出售、抵押、赠与、转让或继承。不过有两种情况可视为例外：一是为了购置新产，经卡迪批准，可以交换或出售；一是留作瓦克夫的农业土地，可以短期出租，租期一般不超过3年。

最后，关于瓦克夫财产的所有权。这是实质性的问题，对此教法学家们众说不一。哈尼法教长和马立克派法学家们认为，捐赠人只是有条件地出让了一件财产的用益权，因而仍保有所有权。而哈尼法的两个门弟子艾卜·优素福和沙巴尼则认为，捐赠人声明将财产献作瓦克夫之后，所有权即自行终止。这种观点后来成为哈乃斐教法学派一致公认的观点。但是，如果说捐赠人不再保有所有权，那末所有权究竟归于谁呢？教法学家们再次未能取得一致。艾卜·优素福和沙巴尼认为，人世间的一切财富皆为真主所赐予，而留作瓦克夫的财产则是把真主所赐之物重新"归还"原主，故为"安拉之财产"。一些教法学家认为，瓦克夫这种形式本身就是拥有完全所有权的"法人"。另一些教法学家，尤其是十叶派教法学家们则认为，瓦克夫的受益人为财产的实际所有者。

（4）关于瓦克夫财产的收回

瓦克夫财产既为永久性的奉献，捐赠人当然无权收回。但教法学家们在细节上仍有不同的意见。艾卜·优素福和沙巴尼认为，捐赠人在正式宣布捐赠之后，无权收回，亦无权保留收回权。哈尼法教长和马立克派法学家们认为，在沙里亚法院正式确认所赠瓦克夫之前，原所有人有权收回自己的

决定。

（5）瓦克夫财产管理人

对管理人说来，瓦克夫在性质上属于托管财产。管理人对托管财产没有所有权，其职责是保护受托财产，按照规定的用益条件，分配瓦克夫财产的收益。管理人亦可提取部分收益作为生活费。

管理人可由捐赠人本人或指定他人担任，亦可由沙里亚法院任命。捐赠人如果未指定管理人，有的教法学家（如艾卜·优素福）认为，捐赠人本人可视为法定管理人；也有的教法学家（如马立克教法学派）认为，这类瓦克夫无效。关于管理人的接替问题，如果约定条件里未予规定，习惯上由前任管理人指定继承人。未经沙里亚法院批准，捐赠人无权解除管理人的职务。

## （三）瓦克夫制度的起源

瓦克夫这一独特的社会经济制度究竟是怎样形成的，学术界至今未有定论。国外的穆斯林学者出于宗教的虔诚，大多以经训为据加以解释。他们大多在阐述伊斯兰教“五功”时，顺便就天课制度加以说明。而天课制度虽然在其初期不无宗教慈善性质，但自倭马亚王朝以后，已成为国家以宗教名义向穆斯林信仰者征收税赋的一种形式。它与瓦克夫制度虽有联系，但不是一回事。如果说天课（札卡特税）也是一种施舍，那只能说它是一种法定施舍，而瓦克夫则是以自愿为前提。

一些教法学家在论述瓦克夫制度的起源时，经常引证伊本·欧麦尔传述的一则极为重要的"圣训"。据说二世哈里发欧麦尔在一次战役中获得一大块"无主"土地，不知如何处理是好，想听取穆罕默德的意见。穆罕默德向他建议，如果他愿意的话，可保留这块土地，而把收入用于慈善事业。于是欧麦尔决定，这块土地不得出售、转让或继承，只能用于慈善目的，用以赈济贫民和亲属，释奴和为主道而战者，款待客商和旅行者。① 这则"圣训"所包含的内容，同上述关于瓦克夫制度的规定几乎别无二致，考虑到伊斯兰教法实体形成的一般过程，显然系后世学者所假托。而这条颇有争议的"圣训"传说，事实上则是伊斯兰教法律文献中关于瓦克夫制度缘起的最早的文字记载，瓦克夫法的有关规定和全部学说都是在此基础上构筑起来的。

自近代以来，西方学者就瓦克夫制度的由来做过一些研究，但一般都不大重视社会经济关系的分析。法国学者昂里·马塞认为，瓦克夫制度源自古代阿拉伯人和犹太人所共有的一种财产观念，即今世的财产本来是"不义"的或"不洁"的，只有把一部分财产"归还"给它的制造者（真主或上帝），才可以合法地加以占有和使用。②这种看法的重要根据，是对《古兰经》里表示"施舍"的两个词语"札卡特"（zakat）和"沙达卡"（sadaqa）所作的词义考证，认为二者都源自希伯来文"达卡"（daqa）一词，原意为"净化"和"正义"，后来才转意为"施舍"。"札卡特"和"沙达卡"在经典里同义，后来随着两种不同形式的施舍制度的出现才产生

① 斐济：《伊斯兰教法概要》第275页。

② 昂里·马塞：《伊斯兰教简史》中译本，第124页。

了词义上的区别：前者表示法定施舍（天课），后者表示自愿施舍（瓦克夫）。

德国学者夏赫提出，瓦克夫制度的起源有四个值得注意的历史背景：（1）伊斯兰教号召信徒为举行“圣战”而捐献财产；（2）早期穆斯林的乐善好施和热心公益事业的精神；（3）基督教东部教会慈善事业的影响；（4）为克服伊斯兰教继承法的僵化性而采取的习惯调整。①西方学者中间比较注重社会经济分析的，当推另一法国学者德蒙班，他较早注意到瓦克夫制度与早期伊斯兰国家的经济体制和财产关系的内在联系②。

历史唯物主义认为，一种法律制度归根结底是特定的社会经济关系的产物。不可否认，瓦克夫制度的形成在思想渊源上与早期穆斯林的乐善好施传统不无关系。然而，这种传统仍然是由当时的物质生活条件所决定。生活在原始公社制下的阿拉伯游牧民，由于生产发展水平低下，只有靠互助精神才能同大自然搏斗，战胜死神的威胁。游牧民族不同于定居民族的特点之一，是在生活方式上没有同一块土地固定不变地联系在一起，而是“四海为家”，逐水草而迁移。这种特殊的生活环境决定了古代的贝杜因人在最初形成私有财产观念时，也许不像在定居民众中间那样明确、强烈，通常更加重视用益权，而不过分强调所有权。因为水源、牧场这些基本生产资料是天然自生的，占有和使用便满足了基本生活需要，而经商和务农则不同，这需要付出更精细的劳动和确立排他性的所有制关系。这一区别，也许可以说明为什么在早

① 夏赫：《伊斯兰教法导论》第19页。

② 德蒙班：《穆斯林的制度》英译本，伦敦，第3版，第139—147页。

期伊斯兰社会下未能形成如同罗马帝国那样高度发达的奴隶制和更明确的物权私有财产观念。这一迥异的物质生活条件，决定了刚刚摆脱原始公社制的穆斯林社团仍保有乐善好施传统，因而易于接受伊斯兰教提出的一切土地皆属真主以及将所有权与使用权分离的财产观念。

但是，单纯的乐善好施不足以说明瓦克夫制度的起源，因为这种互助友爱精神乃是处在原始公社制时期世界各民族所共有的现象。这种思想反映在《古兰经》里，则是关于扶弱济贫、慷慨施舍等一系列的"启示"，但仅此而已。而且，随着生产规模的扩大和私有财产的产生，原始公社制的解体和阶级国家的形成，显然是不可避免的。事实上，《古兰经》里关于劝善戒恶、信道行善、完纳天课等种种教诲，本身就包含着对社会上已经出现的为富不仁的严厉谴责。所以，更重要、更深刻的原因，还需要从社会的发展和社会经济关系的变化去发掘。

种种迹象表明，瓦克夫制度始自我们所知甚少的倭马亚王朝末期，发展、完善于阿巴斯王朝。它的形成从一个侧面反映了阿拉伯国家封建制形成的过程，而这一过程则是与伊斯兰教法和各项宗教社会制度同步完成的。

伊斯兰教初期，政教合一的麦地那神权政体仍保有大量原始公社制残余。穆斯林之间不分身世，互以兄弟相称，实行军事民主制，平均分配战利品，不许军事将领占有土地，牟取私利。但是，随着领土的不断扩张，大批战俘被役为奴隶，不久就产生了新的阿拉伯军事贵族。军事征服的胜利，加速了封建化的进程。阿拉伯统治者在占领拜占廷所属领土和伊朗以后，开始实行土地的重新分配和调整。他们接受各

地先进的生产方式，效仿当地的封建贵族，占据土地，建立庄园，役使农民和奴隶耕种，开始出现封建生产关系的萌芽。例如，阿里家族在伊拉克据有许多庄园，而倭马亚家族则在叙利亚占有大量土地。上文叙及的那则“圣训”传说，反映了早年阿拉伯人由游牧经济向定居农业经济转变过程中对他们所不熟悉的新的土地关系的一种认识。由于封建化过程来势迅猛，人们对原始公社制仍留有许多美好的记忆，正在形成的土地财产关系需要披上一件神圣外衣：土地被宣布为“安拉所赐”，唯有先知的继承人哈里发有权支配。据此可以推断，瓦克夫制度很可能是从哈里发对大量“无主土地”的处置开始的。

因史料所限，我们对倭马亚至阿巴斯时期的土地关系所知甚少。据美国学者里维的考察①，当时在阿拉伯军队新征服的地区，至少曾存在过三种传统的土地关系：（1）按照占领前的惯例向封建领主交纳什一税（欧苏尔）或一般土地税（哈拉杰）的土地；（2）原萨珊王朝的皇家私人领地；（3）作为军事采邑赐封予有功将领的土地（伊克塔）。其中前两种土地的原领主，有些在阿拉伯军队抵达时已经逃亡或被逐，这便是那则圣训传说里提到的“无主土地”。这类土地，可由哈里发随意支配，或留作战利品，或用于社会公益事业（即瓦克夫）。至于作为军事采邑的土地，领有者可役使农民代耕，但须向国家纳税，并仅有占有权和使用权，死后须归还国家。上述仅有使用权、没有所有权和处分权的三种基本土地关系，适与后来瓦克夫法的有关规定相吻合。由此可以断定：由哈里发分配“无主土地”而兴起的瓦克夫制度，与阿

① 里维：《伊斯兰教的社会结构》，伦敦，1962年重印本，第304—305页。

拉伯哈里发国家封建经济的形成直接相关，而那则流传广泛的“圣训”传说则为后世的法学家所假托，以证明这项制度的神圣渊源。因为正如伊斯兰教法形成的一般过程所揭示，在当时的历史条件下，解释和补充《古兰经》立法，唯有取圣训立法的形式，才能广为世人所接受。

当然，瓦克夫这一特殊的土地财产关系的形成和演变，除封建化的一般原因外，自有其内在的社会经济需要。瓦克夫的两种基本形式，同早期哈里发国家的财政、税收政策和稍晚时期形成的伊斯兰教继承法的不完善性有直接的因果关系。

我们知道，税收问题是早期伊斯兰国家的一大难题。麦地那哈里发时期，穆斯林作为征服民族，被免除了天课外的全部赋税，非穆斯林虽须交纳土地税（哈拉杰）和人丁税（吉兹叶），但税率很低，且多以实物交纳。国家唯一可支配的流动资金是战利品，在扣除管理费用后，大部分流入成千上万的受益者的腰包。这对国库是一笔沉重的负担。到倭马亚王朝时期，为了充实国库，建立了独立的税收部门（迪旺哈拉杰），采取了对马匹和未成年者的财产征收札卡特税，对过往客商征收关税，对占有土地的穆斯林征收土地税等新的财政措施。但是，直到阿巴斯王朝初期，特别是哈里发哈伦·拉希德当政时期(786—809)，始形成日臻完善的税制，以名目繁多的土地税、什一税、天课税、人丁税、战利品所得税等形式来保证国库收入。所以，早期的公共设施和公益事业，如清真寺、学校、医院、浴池、农业水利设施等，大都是私人出资兴建和开办的。修缮、维持这些公共设施，供养有关管理人员需要大量资金，而国家又无能为力，于是这

些“施主”们便从“奉献予真主的财产”中留出一部分财产的收益，作为宗教慈善基金。这类财产当然只能是能够产生用益权之物，诸如可供出租的房屋，有稳定收入的店铺，役使他人代耕的土地等。这些财产需要有人经管，这便是由捐赠人指定或由卡迪任命的社会公益财产的管理人。这种由富人发起、用于公共慈善目的财产，即公益瓦克夫。

至于私人性质的家庭瓦克夫，同样产生于现实经济生活的需要，或者说这种所有制关系正是对伊斯兰教继承法的片面性所作的习惯补充。前已叙及，继承法的基本原则之一，即法定继承人无权以遗嘱继承人身分继承遗产，而实际所得至多不超过被继承人全部遗产的2/3。这项原则损害了直接继承人的利益，因此随着个体家庭的发展，必然要引起财产关系的新的调整。但是，由于这项原则是以圣训为据、得到教法学家一致确认的基本原则，因而只能采取习惯的调整，即采取阳奉阴违的态度。所以，为了照顾直系血亲，被继承人往往以赠与的方式，生前即把部分或大部分财产传给自己的子女。而赠与法规定，生前赠与既不同于遗赠又不同于法定继承，可赠与任何人并且不受数量上的限制。这样，便避开了继承法的监视。为了掩人耳目，则把这种财产转让宣布为只变更用益权、不涉及所有权和处分权的家庭瓦克夫，并且总是拖一个长长的“尾巴”——直到没有受益人时，终将用以救济贫民和需求者。

采取这种方式，也是为了解决遗产分割上的困难。按照“析产”的惯例，被继承人死后，要把遗产中的份额继承部分分割完毕。但是，一件不动产，如一块土地或一幢房子，总是有限的，经过几代人的不断分割，势必失去使用价值。

为了避免这种弊病，只能考虑由被继承人保留财产实体，在子孙后代中间分配财产收益或用益权。这可以说明，为什么与伊斯兰教提倡的人心向善几乎毫不相干的家庭瓦克夫同样十分流行。而教法学家们关于瓦克夫制度的种种互相矛盾的规定，不过是想以神圣法律的名义把这些在日常生活中早已广为流行的各种习惯固定下来并纳入宗教伦理规范罢了。

# ○ 第十章

## 刑　法

按照现代法律概念，刑法是关于犯罪和刑罚的法律规范的总称，是掌握国家政权的统治阶级实现阶级专政的工具。历史上一切剥削阶级的刑法都是建立在私有制的基础之上，尽管表现形式不同，实质上都是维护剥削阶级的统治，对广大劳动群众实行镇压的工具。因此，无不具有阶级性。

伊斯兰教刑法产生于原始公社制解体、阶级国家形成之际，发展、完善于封建制度之下，自然带有奴隶制和封建制社会刑法的某些一般特点。但是，值得注意的是，伊斯兰教刑法尽管最初同样是作为社会立法而颁布的，但后来并未成为封建国家的基本法，而且其中仍保留有大量原始公社制末期的习惯规范，并带有浓厚的宗教道德色彩。这些特点，使它在许多方面不同于奴隶制或封建制国家的一般刑法。尤为突出的是，伊斯兰教刑法虽然也带有强制性，但其基本宗旨是以宗教道德为尺度，“劝善戒恶”，因而刑罚仅仅是为实现这一宗旨而采取的辅助手段。

伊斯兰教刑法所规定的犯罪与刑罚，按其不同的渊源，可划分为两大类：报私仇和对违反宗教道德罪的刑罚。这种

区分同伊斯兰教关于犯罪与刑罚的概念紧密相关。从神人关系出发，伊斯兰教刑法明确区分安拉的法度与人的法度，规定了哪些犯罪属于神权制裁范围，哪些犯罪属于人权制裁范围。前者即违反真主法度的六种不赦之罪，后者即这些“大罪”之外的一般犯罪行为；前者适用的是“固定刑”（胡杜德），后者适用的是酌定刑（塔吉尔）和同态复仇的原则（基沙斯）。

## （一）适用固定刑的反宗教道德罪

反宗教道德罪，是从神人关系出发规定的犯罪行为，指的是《古兰经》里提出的五种行为规范中，违反了禁止和受罚的行为规范，即构成此罪。包括私通、诬陷私通、酗酒、偷盗、抢劫、叛教六类。①刑罚分为三级，即（1）死刑（石块击毙、绞刑或斩首）；（2）断手和削足；（3）鞭刑。

### 1.私通罪

伊斯兰教道德规范只承认两种合法的两性关系，即夫妻之间建立在合法婚姻关系基础之上的、正当的性行为和奴隶主对女奴的自由占有权。这两种关系以外的所有性行为，构成“私通”罪。私通罪的量刑标准通常考虑两个要素，即犯罪者的法律身分和婚姻状况。已婚自由人男女之间私通，判处一百鞭刑，然后处以石块击毙。未婚自由人男女私通，判处一百鞭刑，外加流刑一年。奴隶享有较少的权利，承担较少

① 此罪的范围说法不一，没有定论。一说只包括前五类。一说加上反叛罪，计七类。

的义务。犯有私通罪的奴隶，不适用石块击毙刑罚，仅处以50鞭刑，相当于自由人之半 。

认定私通罪需有确凿的证据，必须有4名目击该行为的见证人举证，罪名才能成立。告发者如举不出4名证人，则构成诬陷私通罪。定罪的另一依据是私通者本人的招供。对此，教法学家们意见纷纭。沙斐仪和马立克教法学派认为，一个理智健全的成年穆斯林只要招供一次，即可定罪。逊尼派其他两个教法学派和十叶派，坚持4次招供，相当于法律上规定的4名证人的举证。在其他细节上也存有分歧。如对判决死刑的已婚私通者和判决流刑的未婚私通者是否还要处以鞭刑的问题。罕百勒教法学派坚持二刑结合，逊尼派其他三个法学派和十叶派则主张不必再处以附加鞭刑。

此外，认定私通罪还需要排除胁迫因素。因慑于胁迫而私通，只对胁迫者处以强奸罪，不追究被胁迫者的法律责任。

**2.诬陷私通罪**

这是一种保护性的法律规范，旨在维护妇女的正当权益。《古兰经》(24：4)规定，凡告发贞节的妇女而不能举出四个男子为见证者，即构成此罪。刑罚为80鞭刑，并永远不再接受其作证。认定此罪有严格的界限，只有以明确无误的语言诬陷他人私通者，罪名才能成立。

在男尊女卑的封建社会下，女子往往成为道德诽谤的牺牲品，丈夫常常以妻子“不贞”为口实随意休妻。为了缓和这种不正常的婚姻家庭关系，伊斯兰教法承认一种称为“里安”的无罪盟誓作证惯例。丈夫可以立誓不承认妻子所生的

孩子，从而变相指控妻子私通。为了避免因指控不实而构成诬陷私通罪，法律上允许以四次盟誓代替四名证人。妻子亦可盟誓四次，否认丈夫的诬陷。之后由法庭判决离婚。

### 3.酗酒罪

禁酒令源自《古兰经》①，但经典里未规定刑罚。酗酒罪的刑罚（自由人80鞭刑，奴隶40鞭刑），系由哈里发欧麦尔、阿里和后世的法学家们所规定。但是，此刑往往难以付诸实施，因为法律上规定，只有自愿饮酒并且有证据表明已醉得不省人事，才适用此刑。与此同时，法庭只受理一个月以内的告发；另一困难是法律上对酒和醉酒的含义解释不一。沙斐仪、马立克、罕百勒法学派和十二伊玛目派法律认为，凡属含有酒精的饮料，不论饮多少，均以酗酒罪论处，而哈乃斐教法学派只把烈性酒列入禁例。认定此罪，可根据本人的招供或两名证人的举证。哈乃斐、沙斐仪、罕百勒法学派和七伊玛目派认为，酒味不散、酒后呕吐等醉状不足以作为定罪的依据，而马立克法学派则认为，只要酒味不散即可定罪，无需其他证据。

### 4.偷盗罪

伊斯兰教刑法对偷盗罪作了比较明确和严谨的规定。构成偷盗罪需有两个要件：未经许可取走他人的财物和赃物价值达到10枚银币以上。前一要件排除了：（1）被告拥有部分所有权、用益权或保管权的财物；（2）无主财产；（3）通常不被视为财产之物，如酒和乐器；（4）因其神圣性不视为商

① 《古兰经》的“禁酒令”不严厉，规劝多于惩罚。见5：90，91。

品之物，如经书等宗教圣物。后一要件排除了小偷小摸。此外，法律上还把偷盗与抢劫和扒窃加以区别。当场抓获的偷盗者不按此罪论处。只有偷盗并实际窃走他人之物才构成此罪。如果几人合伙偷窃，只有赃物价值按人均计算超过法定标准（10枚银币）才以偷盗罪论处。偷盗罪的固定刑罚是：初犯断右手，重犯削左足，继续犯罪监禁，直到有悔罪表示为止。判处固定刑通常不再补偿经济损失。如果赃物仍在且属于可归还之物，则需归还失主。

在程序上，认定偷盗罪需要本人招供或有两名证人举证。按照马立克、哈乃斐、沙斐仪法学派的惯例，一次招供即可定罪，而栽德派和十二伊玛目派则要求两次招供。大部分教法学派认为，此罪不能赦免。唯有栽德派较为宽容，认为如受害人表示宽恕，可免除固定刑；民众领袖（伊玛目）出于“公益”考虑，亦可给予赦免。

**5.抢劫罪**

此罪常与杀人罪和偷盗罪有牵连，但通常不按后两种罪论处。量刑标准依犯罪事实和情节轻重而定。一般分为四种情况：（1）抢劫未遂者，处以酌定刑；（2）以暴力手段劫走财物而未伤人者，断右手、削左足。如果已被处过此刑，可免除固定刑（哈乃斐、栽德和十二伊玛目派法律），或断左手、削右足（沙斐仪、罕百勒派法律），或处以流刑以外的酌定刑；（3）犯有杀人罪和抢劫罪者，处以死刑（斩首或绞刑）；（4）杀人而未劫走财物者，同样处以死刑，但不是作为报私仇而是作为适用固定刑的反宗教道德罪论处。上述刑罚也适用于所有同案犯。但是，其中如有一人属于因年幼无知

而犯罪，则免除对所有同案犯的固定刑。不过，每个案犯仍需负一定的法律责任。认定抢劫罪的法律程序同偷盗罪。

### 6.叛教罪

叛教罪的刑罚，源自对异教徒举行“圣战”的观念，为中世纪的教法学家们根据《古兰经》所规定。叛教，指一个人在言行上公开背叛伊斯兰教的基本信仰和宗教制度，如否认真主和使者，否认《古兰经》的神圣性，拒绝礼拜或完纳天课等。认定叛教罪需有两个要件：（1）有明确的犯罪动机，即故意背叛伊斯兰教；（2）只适用于理智健全的成年穆斯林，未成年者、理智不健全者或在外力胁迫下的叛教行为，不按此罪论处。对叛教者通常给予一段悔改期，死不悔改者才以叛教罪论处。

上述基本原则，在执行中各教法学派不尽一致。例如，按照哈乃斐派法律，即使酒后失言说了叛教的话，同样构成此罪。又如对忏悔期的规定，马立克、沙斐仪、罕百勒和栽德法学派视为义务性的规范，而哈乃斐法学派则解释为选择性的规范。忏悔期限，有的定为3日（马立克、罕百勒、栽德法学派），有的主张由宗教领袖裁定（哈乃斐法学派），也有的坚持立即处决，不给予忏悔期（十二伊玛目派法律）。十二伊玛目派还认为，忏悔期（3日或无限）只适用于新改奉伊斯兰教的穆斯林（马瓦利人）；对叛教的妇女，该派主张加以监押，并在每日礼拜时当众施以鞭刑，直到有悔改表示为止。

## （二）适用同态复仇和赔偿血金的罪

同态复仇和赔偿血金适用于故意伤害罪。按照现代法律概念，故意伤害行为构成刑事犯罪。然而，按照传统法律，这种行为仅作为一般民事侵权行为对待。由于这种违法行为侵犯了“私人”的权利，故只有在被害人方面的要求下，才能在法院的监督下，按照惯例实施同态复仇。如果被害人或其亲族表示宽恕，则可以支付血金或忏悔赎罪的方式，取得和解。

### 1.适用同态复仇的罪

这类犯罪包括故意杀人罪和故意伤害罪。认定故意杀人罪，需有明确的犯罪动机和使用致命的凶器两个要件。排除了：（1）只有杀人故意而未使用致命的凶器；（2）过失杀人；（3）因不测事件（如房屋倒塌）造成的间接伤亡。在前两种情况下，罪犯本人或其亲族需要支付血金和举行赎罪仪式。后一种情况，只支付血金。某些特殊情况下的杀人行为，不构成故意杀人罪。如长者杀死自己的晚辈，奴隶杀死自己的子女，在正当防卫的情况下杀死精神病患者或不负完全法律责任的未成年者等。但在所有这些情况下，仍需支付赎罪血金。故意伤害罪与故意杀人罪相似，只是造成的后果有所不同。这两种罪的刑罚，沿用了《古兰经》的法度，即杀人者抵罪，“公民抵偿公民，奴隶抵偿奴隶，妇女抵偿妇女”，以及“一切创伤都要抵偿”的同态复仇的原则。①

① 《古兰经》2：178；5：45。

不过，由于有些规定不够明确，在实施中常常引起混乱和罪行擅断。例如，故意杀人罪与只有杀人动机而未使用致命凶器造成的死亡，界限就不清。按照习惯，烧死属于前者，鞭笞致死属于后者。溺死和勒死属于哪一类，则未有定论。

认定过失伤害罪，通常只考虑动机。例如，某人狩猎时把另者误认为猎物而射杀，因没有杀人故意，故判为过失杀人。至于间接造成的伤害，则情况更为复杂，通常需要考虑行为人的行为是否合法。例如，某人不慎落井溺死。如果这口井是掘在自家或得到批准的公用地上，则掘井人不负法律责任。如果是掘在他人的土地上，则构成故意伤害罪。

此外，被害人亲族的复仇权，也因教法学派不同而略有差异。哈乃斐教法学派认为，被害人一方仅有权要求同态复仇，无权要求支付血金。沙斐仪法学派主张，被害人的亲族有权随意选择，亦可只要求血金。而马立克教法学派则既坚持同态复仇原则，同时又规定，被害人的所有直系血亲必须就此取得一致意见；如有一人提出异议，则取消同态复仇而改判支付赎金。

### 2.适用赔偿血金的罪

在伊斯兰教法律文献里，支付赎罪血金与实施同态复仇是合并在一起讨论的。这是因为法律上提倡以前者来代替后者。按照中世纪以来大多数教法学家们的解释，支付赎罪血金含有双重意义：既是对罪犯的制裁，又是对被害人的经济补偿。所以，支付血金是同态复仇原则更经常、更重要的替代形式。

适用赔偿血金的犯罪包括：（1）不按同态复仇原则处罚的故意杀人罪和故意伤害罪；（2）只有杀人故意、未使用致命凶器的杀人罪和过失伤害罪；（3）因不测事件、偶然事故造成的间接死亡或伤害等。

支付血金的数额因被害人的身分和伤害程度不同而有别，这些在中世纪编著的穆斯林法律课本里都有详尽的规定。例如，奴隶的完全血金即拍卖时本人的身价；自由人女子的完全血金为男子之半；自由人男子的标准血金为一百峰骆驼，或一千枚金币，或一万枚银币。杀人致死或伤害单一存在的器官如舌头，原则上应支付完全血金。至于不完全血金，也有相应的原则和规定。伤害成对存在的器官（如眼睛、耳朵、双手、双脚等），应当赔偿血金之半。伤害一颗手指，赔偿1/10血金。伤害一颗牙齿，按1/20计算。如果伤害了未予明确规定的某个部位，则采取估算法，即以奴隶的身价为基准，估算出造成多少处伤害相当于一个奴隶的身价，以此来确定应付的赎罪血金。

最初，由罪犯所在部落集体承担血金，这一团体称为"阿吉拉"。阿吉拉的含义后来更加广泛：在城市商人和手工业者中间，指同一行业的商人和手工业者团体；在部队中间，指同一支队的士兵。自倭马亚时代起，随着新的阿拉伯军事贵族的兴起，这项制度渐为迪旺制度所代替。血金由财政部门（迪旺）自罪犯的薪俸中扣除。与阿吉拉相联系，还流行过一种无罪誓言保证惯例，称为"卡沙玛"。如果某人被杀害于旷野而凶手不知去向，附近村落的居民需要盟誓50人次，以证明自己无罪。拒绝盟誓者，视为涉嫌。盟誓后，不承担刑事责任，但仍需支付血金。

## （三）适用酌定刑的罪

酌定刑（塔吉尔）是对固定刑而言，指《古兰经》和圣训未予规定，而由教法官灵活掌握的刑罚。它是对固定刑的调节和补充。历史上伊斯兰国家的统治者都广泛使用酌定刑，但从未就此刑的适用范围和量刑标准作过明确的规定。中世纪以来的教法学家们大多认为，凡属违反沙里亚的禁令或拒绝履行法定的义务，而又不适用固定刑和赔偿血金的轻微犯罪行为，可处以酌定刑，包括某些违反宗教道德的劣行和民事侵权行为。

酌定刑大致有三类：（1）作为附加刑实施的酌定刑。例如，罕百勒教法学派对已婚男女和未婚男女之间的通奸行为，除处以固定刑外，还分别处以一百鞭刑和流刑一年的附加刑。（2）作为对仅适用赎罪的轻微犯罪行为实施的附加刑。例如，一些教法学家认为，对在斋月里同房的夫妻即可判处此刑。（3）作为对不适用固定刑和赎罪的轻微犯罪行为实施的附加刑。例如，一些法学家认为，对企图偷窃或食用禁食的不洁之物者，即可判处酌定刑。酌定刑的量刑标准，原则上不能超过固定刑，但在执行中则不尽然。

酌定刑之产生，是因为伊斯兰教刑法不完善和缺乏灵活性，难以适应封建统治者的需要，故需要加以完善和补充。历史上这种补充立法表现出两种不同的倾向。一是教法学家通过解释法律，对刑法作了大量的增补，其基本倾向是：（1）法院对适用酌定刑的犯罪行为的认定和刑罚，必须以“公益”原则，即维护社会治安为出发点；（2）定罪和刑罚

必须以经训的有关规定为据，量刑必须适当；（3）酌定刑（塔吉尔）原则上不得超过固定刑（胡杜德）。大多数教法学家认为，酌定刑仅适用于轻微的犯罪行为，其目的在于防微杜渐，防止发生类似的不法行为。适用酌定刑的犯罪行为包括：吃禁食之物、毁约、侵吞孤儿财产、欺诈、隐讳见证、宣扬恶事、吃重利、互相侦探、私入民宅等。这些规定反映出两个思想倾向：其一，要求对《古兰经》加以禁止或谴责，但未规定刑罚的某些不良行为处以酌定刑；其二，对宗教道德规范与法律规范不作严格的区别。

另一种倾向，是封建统治者极力通过补充立法来扩大王权。统治者的行政立法权和任意审判权，自阿巴斯王朝以后取得了教法学家们的承认，称为“希亚沙·沙里亚”，意即统治者有权以神圣法律为依据制定政策，颁布政令。据此，统治者在表面上尊重伊斯兰教法的合法外衣下，颁布了许多不符合教法的法令、政策，极大地扩充了王权。在司法领域，统治者控制的听诉法院、警官法院、市场巡官法院，都广泛采用酌定刑。其权限之广泛、刑罚之残酷，都远远超出伊斯兰法院的司法权，这部分以王权和地方习惯法为基础的刑法，成为封建统治者镇压人民，维护其统治的重要工具。①

① 详见本书第12章。

# ○ 第十一章

## 商　法

商法在伊斯兰教法里处于某种特殊的地位。一方面，古代的教法学家们就当时流行的民事商业关系确有不少论述，而中世纪后期编著的穆斯林法律课本里也就此作过许多规定。另一方面，伊斯兰国家里的民事商业活动，即使是在古代，也并非严格遵循伊斯兰教的商法，而更多的受各地习惯法的约束；加之，自近代以后，商法率先脱离了伊斯兰教法，为现代欧洲商法所代替。所以，学者们在论述伊斯兰教法时，大多撇开传统的商法，或一笔带过。

为使读者对伊斯兰教法有个更全面的了解，本书试就传统的商法作一简要的说明。

### （一）关于商业契约的基本规定

商法，按照现代法律概念，指的是调整商业活动的法律规范的总称。通常包括公司、票据、保险、海商等方面的法规。而中世纪伊斯兰国家的民事商业活动，不仅规模狭小，而且完全不涉及上述现代商业活动的内容。但人与人之间的经济往来和商业活动，总得遵循某些通行的原则、准则或惯

例，这些人身关系之外的、制约社会上人与人之间经济交往和商业活动的成文或不成文的行为规范，即传统的商法。主要包括商业交易、债务、信托、抵押、租赁、雇佣、合同、契约等方面的法规或惯例。

伊斯兰教的商法有三种不同的渊源，即伊斯兰教产生前古代麦加、麦地那等地流行的商事惯例、《古兰经》的有关论述和其后流行于各地的商业习惯法。由于伊斯兰教前的商事惯例，有的已被纳入《古兰经》律例，有的则已弃之不用，而各地的商业习惯法历来不为伊斯兰教法所承认，这里介绍的仅限于传统伊斯兰教法本身的内容。

关于民事商业关系，《古兰经》里曾有过许多论述，这些论述涉及借贷、债务、信托、抵押、雇佣、契约、交易等内容①。它们虽然简单、零碎，有的甚至自相矛盾，但后来却成为伊斯兰教商法的基础，经过后世法学家们的扩展、补充，成为商法的实体。其中最突出的两项基本原则，一是准许和提倡公平交易，反对或禁止吃“重利”或重复加倍的利。一是注重商业信誉，要求信守契约，履行各种约言。这些思想，后来在伊斯兰教商法中得到强烈的体现，成为不可更易的“定制”。而契约则成为商法的核心内容。因而，商法又可以称为契约法。

### 1.关于财产

契约法以调整财产关系为主旨，但伊斯兰教法的物权所有制观念，不同于一般的物权观念。财产，指有使用价值或

① 参见《古兰经》2:275—283；3:76，82；4:29，58；5：1；8:27；17:34，35；23:8；23：26—28；70，32等。

收益价值之物。空气和水这类天然自生之物，虽有使用价值，但不一定有保证，通常不被视为财产。野草和野树这类无主之物，也不作为财产对待。除财产实体外，与财产相联系的用益权，同样被视为独立的财产。例如，房产主对房屋的出租权，也是一种物权。

**2.关于契约条件**

按照沙里亚法典的规定，成立任何契约，一方必须向另一方提供某种有价值的实物，获取相应的报酬，而另一方必须接受所提的条件。提条件和接受条件，必须完全出于自愿。报酬物必须合法，即符合伊斯兰教的道德标准。立约双方应就各自的权利和义务达成协议。

提条件是成立契约的第一阶段，方式较为灵活，包括：

（1）口头方式，即在同一次会面中，口头达成协议。

（2）书面方式：提条件一方发出书信，对方同意并复信告知后，契约即产生法律效力。

（3）代理方式，即由一位中间人代为传达信息，成立契约。哈乃斐教法学派认为，立约双方均可采取主动；而马立克、沙斐仪和罕百勒教法学派认为，只能由财产所有人一方提条件。

（4）打手势方式。交易双方，如有一方是聋哑人，则可通过打手势方式，成立契约。马立克教法学派认为，生理机能健全者亦可以这种方式提条件。

（5）行为表示。按照马立克教法学派的惯例，立约人将交易物运至交易场所，可视为有效的条件。不过，通常仍须表示意图，否则无效。

### 3.关于撤销条件

提条件与接受条件之间的一段时间，即谈判和成交期间。哈乃斐和罕百勒法学派认为，其间双方有同等的互相选择交易对象的权利，因而提条件一方可以撤销或变更原来所提的条件。而按照马立克学派的惯例，提条件一方无权这样做，因为他事先已经过周密的考虑。

### 4.关于报酬物

报酬物是有效契约的基本要件。但教法学家们未就报酬物的属性作过明确的限定。通常无法取得之物，不可作为报酬物。禁忌之物，如酒、猪肉等食品，亦不可作为报酬物。按照马立克和罕百勒学派惯例，用作酿酒原料的葡萄或椰枣，同样不能作为报酬物。

### 5.关于立约人的资格

契约人双方均须符合伊斯兰教法的法定资格。主要是：立约人必须是理智健全的成年穆斯林自由人。未成年者、奴隶、禁治产者、理智不健全者没有资格成立契约。在醉酒和病危状态下成立的契约，没有法律效力。

### 6.关于契约的终止

伊斯兰教法强调践约，但在特殊情况下，准予取消契约。废除契约，通常须经双方一致同意，并根据契约的性质或所定条件终止。某些明显不合法的契约可以单方面终止。例如，立约一方因误解对方意图、受骗上当或受胁迫而成立契约，可以不受契约的约束。但单方面毁约往往会引起纠纷。

## （二）买卖契约

买卖契约是穆斯林民众日常生活中常见的一种商业契约。主要有两种形式：一是按照等价交换的原则，出售或购买有法定价值的商品；一是等价原则下的物物交易。后一种交易有一定的限制。前一种交易，按照契约的规定，可以当场交易，亦可延期付款或付货。

### 1.可出售之物

伊斯兰教法按照宗教道德和商业交易惯例，就此作了三点原则规定。其一，售出之物必须是卖方拥有完全所有权或处分权之物；其二，必须是便于移交之物。例如，出售水中未捕获的鱼和空中的飞鸟无效；其三，必须是合法的洁净之物。非法的“不洁”之物，如酒、猪肉或自死之物（不包括鱼）无效。

### 2.含混的交易

如上所述，伊斯兰教法提倡公平交易，反对牟取暴利，为此需要排除可能导致不公平交易的一切潜在因素。商业交易中的不明确性即是一例。“不明确”有三种情况。一是交易物的数量和价值不明确。例如，出售池塘中的鱼，必须捕获后才能上市，否则难以准确估定数量和价值。一是价格不明确。例如，以一揽子价格销售两件以上的商品，即属此类。还有一种情况，属于物物交易的范围。例如，以成熟的干果交换数量大体相当的鲜果。这类交易因违反了圣训派提

出的重量或数量绝对相等的原则，故属于无效的交易。由于历史上曾引起激烈的争论，这类交易在法律文献里用一个专门术语来表示，称之为“穆札巴纳”交易。

**3.非法的契约**

为了规范商业行为，伊斯兰教法曾就非法的契约作了五点原则规定：（1）将一笔交易分为两项契约；（2）有附加条件的商业契约；（3）出售非己所有之物的商业契约；（4）不公平或带有投机取巧性质的商业契约；（5）低价买进、高价售出的契约。

## （三）债务契约

债务契约即通常所说的借契或借券。早在穆罕默德时代，这类契约就相当普遍，广为流行。对债务问题，《古兰经》曾表示过两种截然不同的态度。一种是严厉谴责放高利贷，“吃重复加倍的利”，同时鼓励债主照顾债户的生活困难，给予“宽限”，或以布施行善的方式，放弃所欠的债务。另一种态度则是强调讲借讲还，“履行各种约言”，不可减少债务的“一丝一毫”，甚至还明确规定了当事人双方要在证人的监督下，将所借债务和偿还日期写入借契之中。在其后的社会发展中，随着阶级对立的加剧和贫富差别的加深，传统的借贷关系得到伊斯兰教法的肯定并有所发展。其中最突出的一种新契约，是穆罕默德时代闻所未闻的债权转让契约。

所谓债权转让契约，即以新的借贷关系代替旧的借贷关

系的一种契约。例如，贷方甲根据借契，可以要求借方乙向丙偿还债务。这样，原债权人甲通过协议，将债权转让予新债权人丙，而原债务人乙则成为丙的债务人。这类契约是否有约束力，古代的教法学家们众说不一。马立克教法学派持肯定态度，沙斐仪和罕百勒教法学派不予承认，而哈乃斐教法学派则认为仅适用于特殊情况。债务转移契约通常须符合五项规定条件：

（1）契约的标的物即债务，必须是合法产生之债。

（2）原债权人和原债务人对转移之债必须取得一致意见。

（3）转移之债必须是到期之债。

（4）原债和新债必须是属于同类物，数量、质量必须相同。

（5）债务不包括购买的食品。

## （四）担保契约

担保契约是为了保证履行债务契约而成立的一种契约。根据债权人与债务人之间的约定，由第三方充当债务人的担保人，如果债务人无力履行债务，则由担保人代为偿还。按照伊斯兰教法的规定，担保人享有充分的民事权利。担保人所担保的债务数额，不能超过担保人的偿还能力。债务人一时无力偿还债务，可通过担保人要求给予宽限。债务人不讲信用，拒绝偿还债务，担保人有权变卖其固定资产抵债，亦可向卡迪法院起诉，追回所付的现金或实物。担保人与债务人对债权人负有连带债务责任，因而担保人所负的是一种从

属责任。当主债无效或消灭时，从债也随之消灭。担保人如在担保期间死亡，所保清偿之债，必要时可从担保人的遗产中扣除。担保人拒绝履行所负责任，只要债务人还在世并有偿还能力，债权人可向卡迪法院起诉，追回所贷出的债务。如果几个担保人共同为一个债务人的一笔债务担保，每人只对所担保的债额承担责任。

## （五）商业合法契约

合伙关系，在伊斯兰教法律术语里称为“希尔卡赫”（Shirkah）。原指两个或两个以上的人对一件未分割财产的共同占有权和使用权，后来才成为商业合伙关系的专用语。商业合伙关系，指两个或两个以上的经营者之间建立起来的商业合作关系，制约这类合作的契约，即商业合伙契约。在其后的发展中，合伙关系产生了多种不同的形式。

### 1.有限合伙关系

有限合伙关系是一种不十分贴切的说法，指的是平等者之间根据契约成立的一种互相依附的商业合作关系。每个合伙人不得离开集体独立进行商业活动。最常见的一种形式是手工业者合作社。伊斯兰教法准许两个或两个以上的手工业者结成生产合作社。在这种劳动组织下，生产工具由合伙者自备，归集体所有，每一个合伙者均为平等的一员，大家共担风险、共分利润。

### 2.代理合伙关系

代理合伙关系，称为“吉拉德”。这里说的“合伙”，实际上是一种雇佣关系。按照契约，一个拥有资本的富商雇用一名经纪人代为经商，即构成这种合伙关系。在这种关系下，资本完全归雇主所有，代理人受雇率队商到外地经商，取得一定的报酬。如因疏忽或违反契约的行为而造成损失，代理人必须承担责任。此外，代理人不承担任何风险。

关于这种合伙关系，伊斯兰教法还有其他一些原则规定。主要是：代理人受托的经商资本不得是本人所负的债务、抵押物或保证金。这就是说，一个债权人不得委托其债务人或典权人充当商业代理人。此外，经商资本不得是减低成色或贬值的金属货币，不得是代理人库存待销货物的预付款，因为这属于前文提及的“含混的”契约。

### 3.独资合作契约

这是按照现代经济观点所作的一种不大准确的概括。这种合伙关系，伊斯兰教法律术语里称为“穆达拉巴赫”（Mu--darabah）。即按照契约的规定，一方出资金、设备、资产或存货，另一方负责生产、经营或销售，双方按预定的比例参加利润分成。这种契约也是为了绕过利息禁令而采取的一种变通手段。由于利息已包含在利润之中，所以既满足了双方的经济利益，又符合拘泥于形式的伊斯兰教商法的要求。

## （六）雇佣、租赁契约

雇佣与租赁属于不同的概念，但在伊斯兰教法里未作严

格的区别。二者都称为“伊吉拉”。《古兰经》里只提到了雇佣关系（28：26—28），而未涉及租赁关系。也许后者是早年阿拉伯人不甚熟悉的一种经济关系。

### 1.租赁契约

按照现代法律概念，租赁契约指当事人约定一方（出租人）将财产交付他方（承租人）使用、收益，他方支付租金的契约（即合同）。而伊斯兰教法按照惯例，则把租赁视为商品交易，即用益权的有条件的买卖。因此，如果一方以约定的价格和期限将一定的动产“售予”另一方暂时使用或收益，则构成租赁。这类约定即租赁契约。租金通常不必预付。但在下列情况下，必须预付：

（1）以明确的实物支付租金。

（2）契约中包含这类条件。

（3）当地的习惯要求这样做。

（4）出租物是供固定里程内旅行用的畜力交通工具。

租赁合同的终止，有相应的规定。出租物如丢失，则自动终止，但不因承租人死亡而终止合同。当事人双方如对口头成交的协议发生争执，则要求双方盟誓证实自己的言词，尔后终止契约。此外，双方如有仲裁协议，亦可由仲裁人裁定。

### 2.雇佣契约

如果契约的标的物不是物，而是出卖劳力的人，这种契约即雇佣契约。

按照伊斯兰教法的规定，雇佣契约不得有附加条件，否

则无效。例如，按契约为雇主织布的织工，不得要求用劳动换取一定比例的布匹，虽然通常按所付劳动的比例来支付酬金。但习惯上，手工师傅收徒可以事先约定，徒弟先给师付干一年活儿。受雇者对所用的财物关系属于托管关系。除因疏忽，他们对受托财产或生产、经营管理不承担任何风险，不承担因自然灾害或不测事故而造成的任何损失。下列情况下，可以撤销雇佣合同：

（1）雇主或受雇者被官府没收财产。

（2）手工业作坊被官府关闭；受雇的奶妈因患病、怀孕无法哺乳婴儿。

（3）受雇者死亡。但雇主死亡，契约仍然有效。

# ○ 第十二章

## 法院与审判程序

古往今来，穆斯林史学家们在论及伊斯兰教法时，大多以华丽的言词，赞誉它的神圣性和完整性。在他们的笔下，封建统治者被描绘为神圣法律的“奴仆”，而对他们操纵司法权、践踏沙里亚的历史事实，则绝口不谈，或轻描淡写，一笔带过。这种宗教感情是可以理解的。但是，这就不能不使人产生一种误解：似乎伊斯兰教法是脱离统治者的意志而发展起来的一部包容一切的法典，一部唯一排他适用的神圣法律，而由卡迪主持的伊斯兰法院，则是历史上唯一的司法机关。因此，我们在讨论法院与审判程序之前，需要就此表明一下自己的见解。

### （一）历史上王权与神权的关系

任何一部法律都受时空的限制，都只能在一定的时期内调整该法律范围以内的各种关系。超出这个范围之外，则只能靠别的法律部门来调整。这是常识。伊斯兰教法虽有诸法一体的特点，但其主体仅限于婚姻、继承、瓦克夫、刑法几个内容较充实的领域。其他一些法律关系，如商法、税

法、刑法中属于公共关系的部分等，则只能以地方的习惯法、行政法和王权为补充。

伊斯兰教法因基本上属于“私法”，加之法律学说脱离实际，审判程序呆板、僵化，显然不能完全适应统治者的需要。而且，即使几个较为充实的领域，同样需要随着社会自身的发展而不断加以调整。因此，历代的统治者，特别是自阿巴斯王朝以后，无不以各种方式干预法律的创制和实施，以补充沙里亚法典的不足。这种政治需要使得王权与教权、行政与司法的关系日趋复杂化。

如果我们就近现代以前伊斯兰法制史作一简略的回顾，则可看出它是沿着两条基本上并行不悖的路线发展的。一方面，是由教法学家创制的以“私法”为主体的伊斯兰教法，另一方面，则是由历代统治者颁布的以“公法”为主体的行政法。前者重道德说教，轻司法实践；后者重司法实践，时常置宗教原则于不顾。

穆罕默德时代，由于统一的阿拉伯民族国家刚刚诞生，社会关系较为单纯，加之穆罕默德作为宗教先知和新国家的缔造者深孚众望，麦地那的神权政体得以保持政教合一，而《古兰经》立法则是当时唯一排他适用的社会立法。

麦地那哈里发时期，国家政权仍保持了政教合一的体制，但随着领土的扩张和社会关系日益复杂化，哈里发们在解释、运用《古兰经》立法的同时，已经迫切感到行政立法的需要，并制定、颁布了一些必要的行政法规，以补充《古兰经》律例。

倭马亚王朝统治时期，行政与司法仍未分离，但国家政权已明显地日益世俗化了。司法职能一分为二。统治者颁布

和执掌以“公法”为主，全国基本统一的行政法，而以“私法”为主、各地迥异的伊斯兰教法，则由教法学家和教法官们加以创制和实施，形成两种法制并存的局面。

到阿巴斯时代，随着封建化的完成，哈里发们建立了从中央到地方，多层次的、完整的行政、司法体制，以加强中央集权制。但王权与教权，行政与司法之间仍有裂痕，摩擦时有发生。为调整关系，哈里发们一方面以“君权神授”理论来加强王权，另一方面则对教法学家们让步，承认教法为国家的根本大法，哈里发仅有行政立法权，没有神圣立法权，而行政立法的主旨则是补充沙里亚法典。统治者这种行政特权，即刑法一章里提及的“希亚沙·沙里亚”。这样，王权与神权，行政与立法之争，终于在这一理论的基础上初步获得解决。

上述“公法”理论学说，系由阿巴斯王朝以来的伊斯兰教法学家们所提出，为封建王权与教权相妥协、相结合的产物，产生了广泛的历史影响。自阿巴斯王朝起，历代封建君主皆以神圣沙里亚的监护人自居，以“君权神授”的名义极力扩充王权，并以补充伊斯兰教法之名，颁布了许多“政令”、条规和行政立法。这种状况曾引起部分教法学家的忧虑和不满，但大部分教法学家只限于在法理和道义上捍卫伊斯兰教法的尊严，而在实践中大多屈服于王权，甚至不遗余力地论证王权的合法性。这一理论与实际相脱离的倾向，构成哈里发学说的基本特征，这些留待下章予以专题讨论。需要特别说明的是，由于封建王权与宗教神权之争，伊斯兰国家的历史实际上存在着两种既有联系又有区别的司法制度：既有以神圣法律为特色的、称之为沙里亚的伊斯兰教法，又

有以封建王权为依托的、更充分体现统治者意志的世俗性法律；既有由卡迪主持的实施教法的伊斯兰法院，又有由统治者亲自主持的世俗法院。

## （二）各种形式的世俗法院

### 1. 听诉法庭

听诉（穆查里姆），原为波斯萨珊王朝国王亲自听取和审理平民控告官吏不法行为的一种特别审判权。阿巴斯王朝沿用这一审判制度，当时主要是由哈里发本人或代理人，听审法官的不公正判决和涉及国家官吏不法行为的重大案件。听诉法庭是一种高等法庭，其职能酷似现代的上诉法院。它是封建君主的王权与卡迪的司法权相结合的产物。诚如伊本·赫勒敦所描述：

“这是一种王权与司法权参半的职务，需要很高的权力和权威，借以镇压不义者，制裁不规者，解决法官无法解决的疑难案件，或对证据、呈报书和旁证材料进行复查，或延缓审判，以搞清案件真相，或对原、被告双方进行调解，使纠纷和平解决，或取得新的证据，对案件另作判决。”①

听诉法庭，最初由哈里发亲自主持。自阿巴斯哈里发卡希尔当朝时期（908—932）以后，多由首相（维齐尔）主持。哈里发有时还在京都和各行省的首府任命一些代理人，代行审判权。听诉法庭的主审官如果是由首相或其他高级官吏兼任，则每周只开庭一次。如由专职司法官员主持，则每

① 伊本·赫勒敦：《历史绪论》第193页。转引自《中国穆斯林》杂志，1982年第2期。

天都开庭审判。

听诉法庭的职能，原来仅限于复审、纠正法官的不公正判决，处理涉及有权势的高级官吏的不法行为的重大疑难案件，后来权力日增，扩及广泛的领域。据曾长期担任过巴格达大法官的马瓦尔迪所记，听诉法庭有权审理：（1）当权者欺压民众的行为；（2）非法摊派苛捐杂税；（3）文官的不法行为；（4）苛扣国家官吏薪俸的行为；（5）巧取豪夺他人财产的行为；（6）保护公共和私人瓦克夫；（7）协助沙里亚法院强制执行对高级官吏的判决；（8）协助市场检察官维护公共秩序；（9）保证公共礼拜和宗教礼仪的正常进行；（10）处理因沙里亚法院审判程序不健全而引起的法律纠纷。总之，沙里亚法院和其他世俗法庭无权或不便处理的纠纷，均归听诉法庭审理。以上十项职责，其中前三项不法行为，听诉法庭有权直接提起起诉。其他不法行为，需要受害人提起起诉，再行受理。

听诉法庭的性质决定了它必须拥有广泛的权力和更加灵活的审判程序，这也是它与沙里亚法院的根本区别。听诉法庭的审判官可以根本不理会当事人双方对法庭认定事实的立誓否认；可以使用威胁手段，刑讯逼供；可以延缓审判以调查事实真相，而沙里亚法院则必须立即作出判决；可以为当事人指定一名有资格的仲裁人，而沙里亚法院只能在当事人双方的同意下，委托一名仲裁人；听诉法庭的审判官对原告的起诉或被告的抗诉如有疑问，可以强迫其出庭解释，亦可随时传唤更多的证人出庭作证；在审判程序上，听诉法庭可以一开庭就传讯当事人，而沙里亚法院只能遵循一成不变的审判程序。听诉法庭与沙里亚法院的区别，类似世俗法庭与

宗教法庭的区别。

### 2. 警官法庭

警官法庭的前身是哈里发的宫廷卫队。自倭马亚王朝以后，历代的统治者为了自身的安全，通常都在首都留驻一支精悍的近卫军团。最初，宫廷卫队仅从阿拉伯籍士兵中间挑选。自阿巴斯哈里发马孟当政时期（813—833）以后，为了防止宫廷政变，多从同地方势力没有瓜葛的外籍士兵（突厥人和柏柏尔人）中间挑选，但仍由阿拉伯人或波斯人担任官长。这些卫士称为“苏尔塔”。后来省府、重镇和高级官吏的府邸也都派卫队守卫。久而久之，苏尔塔实际上成为治安部队，其官长“沙希伯苏尔塔”（在埃及又称“瓦利”）权力日增，兼有警官和法官的双重职能。警官的日常工作是听取下级的汇报，随时了解在其辖区内发生的一切不法行为，向哈里发写出书面报告。一旦发生起义、地方骚乱或实权落入地方军阀之手时，警官法庭的职能显得尤为重要。在这种情况下，警官往往直接受地方苏丹的指挥。所以，史学家伊本·赫勒敦在说明这一官职产生的社会背景时，提出了警察职能与司法职能分离的主张：前者由苏尔塔行使，实施地方习惯法，以维持社会治安；后者由卡迪行使，实施伊斯兰教法，以处理宗教事务。①

警官法庭的司法权远远超过普通宗教法庭，凡属有害于国家安全和社会治安的行为，均可提起审判。卡迪只能根据当事人的起诉，按照宗教法庭的常规程序审理案件，既不能

① 伊本·赫勒敦：《历史绪论》第1400页。转引自里维：《伊斯兰教的社会结构》第332页。

在法庭之外调查案情，又不能对被告进行刑讯、逼供。而警官法庭则有权根据下级的报告，随意采取行动。警官法庭的审判官可以采取侦察、逮捕、刑讯、逼供、监押，直至随意处决等一切手段；可以听取非穆斯林迪米人的证词和其他被认为没有完全法律资格的证人的证词，还可以超越卡迪法庭，受理适用固定刑，通常归卡迪法庭审理的刑事案件。在量刑标准上，警官法庭采取酌定刑，往往极其残酷。对此，伊本·古太白曾就倭马亚王朝驻库法总督哈加杰手下的一名警官作过这样的描述：

“我从未见过一个像他那样的警官。除非为了索债，他从不收押犯人。一个地方的小头目被带到他的面前，他就用根尖针刺穿他的胸膛。如果带来的是个掘墓人，他就让手下为他掘座坟坑，把他活埋在那里。如果来者用尖刀袭击或威胁过另者，他就砍掉他的一只手。如果被带来的是个行为不端者，尽管没有直接的罪证，他仍然会抽他三百大鞭。”①

### 3. 检察官法庭

此官职在阿拉伯文里称为“穆赫台斯布”。前身为拜占廷帝国市场巡官，阿巴斯王朝初期保留了这一官职，委以“劝善戒恶”的职责。这样，担任此职者便兼有宗教与世俗两方面职能：除负责维护集市等公共场所的秩序外，还负责维护和检察公共场所的宗教道德风尚。检察官通常由哈里发、首相或地方总督任命，有时亦可由卡迪指定，如在马木路克王朝统治下的埃及和马格里布，以及西班牙的倭马亚王朝统治时期。担任此职者应是有一定威望的穆斯林自由人，

① 转引自里维：《伊斯兰教的社会结构》第333—334页。

具有一定的法律知识。其职能介于听诉法庭审判官与宗教法庭的卡迪之间，但品级和权限远不及二者。

检察官对市场上发生的违反商业道德的不法行为，诸如缺斤短两、弄虚作假、以次充好、欺行霸市、欠债不还、扰乱市场等，拥有审判权和处置权。这类案件因案情比较简单，要求立即作出处理，不容拖延。如果案情复杂，则需转归沙里亚法院审理。其他日常工作包括神圣职责与世俗职责两方面。前者包括监督、检察穆斯林信众是否严守宗教礼仪制度和伊斯兰教法的有关规定，如按时礼拜、寡妇和离婚妇女改嫁前的“待婚”期、儿童的宗教教育、伊斯兰教关于酗酒、聚赌等不良行为的禁令等。总之，凡属有损于纯正信仰的不道德行为而卡迪的尊严不屑一顾之事，均归检察官处理。但其职权仅限于规劝、告戒，或采取某些必要的防范措施。后者包括监督、检察涉及穆斯林大众公共利益之事，诸如水源污染、公共建筑倒塌、过往贫困客商的救济、市容整洁、集市交通安全、卫生条件等琐事。

## （三）宗教法院与审判程序

宗教法院始自倭马亚王朝，发展、完善于阿巴斯王朝，后为历代伊斯兰王朝所沿袭。宗教法院通常由一名卡迪或外加两名助手组成。名义上卡迪拥有广泛的司法权，实际上仅限于受理婚姻、继承、瓦克夫、民事伤害和刑法中违反宗教道德罪等领域里的诉讼。卡迪法院的司法权名义上是独立的，实际上受王权的控制。这同卡迪法院产生的历史背景有关。倭马亚时代，卡迪只是地方总督手下的行政助手，总督

有权随时任免卡迪，批准或撤销卡迪的判决，有时还保留对部分重大案件的审判权。阿巴斯时代，一度推行伊斯兰教化政策，以卡迪法院为唯一的司法机关，由哈里发亲自任免卡迪。但这项政策未能坚持下去，后来首相和地方总督仍有权任免卡迪，干预司法活动。卡迪法院的性质决定了它无权受理、审判涉及国家高级官员和权贵士绅的重大案件。

在广大穆斯林民众的心目中，卡迪是一项崇高而神圣的职务，只有符合条件者才有资格担任此职。按照伊斯兰教法的规定，卡迪必须是成年穆斯林自由人，具有良好的视力和听力，精通律法，学识渊博，理智健全，道德高尚，最重要的是执法公正，不徇私情。历史上以廉洁公正著称于世的卡迪有之，靠贿赂窃居法官之位的平庸之辈亦非鲜见。所以，一些正直之士，如艾卜·哈尼法等教法学家，往往不屑于担任此职。卡迪在不同的历史时期和不同的地方，有不同的名称。阿巴斯时期，在哈里发国家东半部巴格达、开罗等大城市设一名大法官，称为“卡迪库达特”，而在马格里布和西班牙，则有“卡迪贾马拉”之称，意为“穆斯林民众的法官”。在西班牙的倭马亚王朝之初，卡迪只能由阿拉伯军事贵族担任，故称“卡迪贾恩德”（军队里的法官）。与此同时，在北非仍保留了早期的随军卡迪，称为“卡迪阿斯加尔”，其司法权除在首都外，仅限于军队中间。而在伊朗和印度等地，卡迪则被称为“卡吉”（讹音）。在十叶派法蒂玛王朝统治埃及时期，哈里发通常任命一位代理人执掌司法大权，这一官职也称为“卡迪库达特”（大法官）。在伊本·赫勒敦生活的时代(1332—1406)，据说在开罗大清真寺和爱资哈尔大清真寺，逊尼派四个教法学派皆派驻了各自的

大法官。原则上，一个卡迪只能按照本学派的法律执法。

教法官的审判权取决于委任时的规定，可以是广泛的或有限的。广泛的审判权，即有权以“合法”的方式（不容忍任何非法行为，不制止任何合法的行为），受理伊斯兰教法范围内的各种案件和纠纷，或通过调解求得和解，或通过审判，明确各自的责任。这是教法官的基本职责。后来又增加了其他一些职责，诸如充当没有完全行为能力的禁治产者的监护人，管理宗教慈善基金，执行合法的遗嘱，以监护人的身分为未婚妇女安排婚事，实施伊斯兰教法规定的固定刑（胡杜德），维护所辖地区的公共福利等。卡迪是否有权收税，没有定论。有的教法学家认为，如果未指定税务官，卡迪可以代收天课。有的教法学家认为，税收是哈里发的专权，卡迪无权代行。

至于有限的审判权，则有几种不同的情况。一种是审判领域有限，如只授权卡迪审理债务纠纷方面的案件；一种是审判程序的限制，如规定卡迪只能根据供词而不是根据证据执行审判；还有一种是属地的限制，如只授权卡迪受理辖区内发生的案件和诉讼。此外，教法官的司法权还受到其他一些固有的限制。例如，所有卡迪只有审判权，没有执行权，无权受理涉及高官显贵的重大案件等。

卡迪的日常工作，大量的是处理穆斯林居民之间的民事纠纷。中世纪时期的法律课本就卡迪的审判程序作了大量繁琐的规定，而在实践中则简单得多。按照规定，卡迪的审判席应设在视野广阔的开阔地，开庭审判时桌前放一册随时可供查阅的案例书，由一名书记员做记录。审判时需有证人和法律顾问（穆夫提）在场。如果案情清楚，应立即作出判

决。如果情况不明，则需先调查事实，再行判决，但不能长期推迟审判。同时有几名起诉者，按到达的次序受理。如果几人同时到达，则以抽签决定审判次序。

卡迪对当事人双方必须一视同仁，平等相待，不得以任何方式偏袒一方。当事人出庭以后，由卡迪确定发言次序。审判的基本程序是原告举证，被告盟誓。卡迪在听取原告的诉词后，如果认为理由充分，则要求被告就所控的事实作出解释。被告如表示承认或不作回答，则作支持原告的判决。被告如加以否认，则要求原告就所诉事实举证。如果原告提不出证据，则要求被告就否认的事实盟誓。如果被告拒绝盟誓，则要求原告就所诉事实盟誓，然后宣布原告胜诉。如原告也拒绝盟誓，卡迪则宣布取消审判。这种机械的程序在一轮诉讼中有时要重复多次。原则上，举证一方为原告，盟誓一方为被告。所以，当原告举不出证据而不得不以盟誓来代替法定证据时，原告实际上又处于被告的位置了。

证据，特别是证人的口头证词，在审判过程中具有举足轻重的意义。合乎法庭规定的举证要求，通常可以保证胜诉。如果原告举出数名证人作证自己的诉词，法庭准许被告有3天的准备时间，以提出反驳的证据。但是，原告有权要求被告出席终审。届时被告如举不出反证，原告有权要求法庭作出判决。

除人证外，物证也有一定的法律效力，特别是在涉及产权或债务纠纷的一般民事诉讼审判中。在债务诉讼中，为便于查明事实，法庭允许被告携带帐目出庭。但被告否认负债或声明已经偿清债务，需要提出书面证据。原告否认亡人、婴儿或未出庭者的产权或继承权，也必须出示书面证据。

与证据相联系是证人的资格问题。沙里亚法院只接受理智健全的成年穆斯林自由人的举证。奴隶和信奉异教的居民没有资格出庭作证。妇女没有完全的证人资格，在一般民事审判中，两名妇女顶替一名男证人。证人须有诚实、公正的品质，这项要求源自一种宗教道德信念，即一个虔诚的穆斯林绝不会在“真主的法庭”面前说假话、作伪证。如果法官不了解证人的一贯品行，而在诉讼中原告或被告就证人的资格提出疑问，则视情况不同分别处理。关于穆斯林身分问题，一般可以证人本人的声明为据，但否认证人的自由人身分，则必须提出证据。至于证人的品行问题，则需要经过一段秘密的调查，才能作出结论。其间，原告有权要求法庭拘留有疑问的证人，待法庭取得证据后再开庭审判。

原则上，诉讼当事人双方必须出庭对质，否则法庭有权不予受理。但亦有例外：那些不便在大庭广众面前抛头露面的富户大家的闺秀女子，可指定代理人出庭，或以盟誓代替出庭。对拒绝出庭的被告人是否可以缺席审判，教法学家们众说不一，没有定论。通常原告如坚持要求被告出庭当面对质，法庭有权传唤被告出庭。如果被告拒绝出庭，原告可以举出两名证人就所诉事实盟誓作证，并请求警官强制被告出庭接受审判。如果被告远离法庭所在地，而当地又没有沙里亚法院，卡迪可致函给当地一名有威望的仲裁人，委托其调解当事人双方间的纠纷。

# ○ 第十三章

## 哈里发学说

广义的伊斯兰教法为包容一切的体系，其中亦包含哈里发学说，即关于国家体制的政治学说。习惯上中世纪伊斯兰教法学家编著的教法课本均不收这方面的内容，似乎因为这是一个敏感的领域。然而，实情却未必如此，因为就在教法著作问世之时，教法学家们也发表了大量的政治理论著作，有些甚至是专门为哈里发而作，如艾卜·优素福的《论税赋》等。本世纪70年代以来，随着伊斯兰复兴运动的蓬勃兴起，国家政治体制问题再度引起各国的原教旨主义者的关注，成为广泛讨论的主题之一。故此，在讨论教法实体内容时，有必要就哈里发（或伊玛目）学说问题略予评述，以便使读者掌握更完整的知识。

### （一）正统哈里发学说

正统哈里发学说即关于“正统”哈里发制度的理论、学说，系由阿巴斯王朝以来的教法学家们所阐述。关于正统哈里发时期，历史上主要有两种说法。一是指早年麦地那四大哈里发时期（632—661），这是大部分学者的意见；一是指

1258年蒙古铁骑占领巴格达以前，即阿巴斯王朝以前的整个历史时期。从中世纪教法学家的著述中看，应遵循前一种界说，而正统哈里发学说正是后人对这一时期社会政治制度的描述和美化。

7世纪穆罕默德发动和领导的伊斯兰革命，顺应了古阿拉伯社会从分散走向统一的历史趋势。麦地那哈里发政权的建立，标志着以创教为开端的社会革命找到了一个理想的归宿，取得了令人信服的精神成果和物质成果。在这场社会变革中形成三大主导因素：

首先，在同以麦加商业贵族为代表的旧势力、旧秩序斗争中形成的穆斯林共同体（乌玛），结束了昔日受压迫、被奴役、屈辱的历史遭遇，成为新国家的主人。捍卫其社会地位和物质利益，成为伊斯兰事业成败的关键因素。这是“民众国家”确认的一项功利主义原则。

其次，在创教、创建政权过程中陆续“降示”的安拉启示，成为创教、行教、立国之本，它不仅是穆斯林持身律己的行为法典，也是一种神圣的政治学说，据此形成的国家体制和社会秩序，成为“安拉之法度”，不容更易的“定制”。这是哈里发国家确认的一种最高精神原则。

第三，在这场社会变革中涌现出来的领袖人物、先知穆罕默德，在实践中经受了成功与失败的考验，威望日增。他成为政教合一的领袖，其决断具有至上的权威，其言行被尊为“圣言”、“圣行”。这是从功利主义原则和最高精神领袖原则派生出来的关于领袖作用的崇高原则。上述三原则相结合，为哈里发学说提供了历史依据。后世学者就正统哈里发时期的社会实践，概括为三大基本原则：

（1）伊斯兰教确认的唯一合法的国家政体即政教合一的哈里发制度，国家的绝对主权仅属于安拉，国家的最高原则为体现安拉意志的神圣的沙里亚。任何人必须遵循沙里亚行事，统治者亦无例外。

(2)哈里发国家系为弘扬伊斯兰精神、维护穆斯林民众最高利益联合而成的一种社会共同体（乌玛），尊重民意、为民作主、维护民众的福利，为国家的基本宗旨。共同体内部是一种平等的兄弟关系。

(3)国家首脑哈里发通过民主推举或协商产生，为绝对主权者安拉的使者的代理人，唯有德高望重、主持正义的虔诚的穆斯林才有资格当选，其使命是弘扬伊斯兰教、保卫国家的安全和民众的合法权益。

## （二）哈里发学说的首次异变

上述哈里发学说可谓哈里发制度的“原型”，但这一比较平等、素朴的社会制度，不久就为倭马亚王朝的封建制所代替。实际上“正统”哈里发制度的理性化、系统化，正是倭马亚王朝解体过程中的产物。然而，阿巴斯王朝的建立并未给恢复正统哈里发制度提供历史契机，日益世俗化、封建化的阿巴斯政权同理想的哈里发体制相距甚远。这种局面使得正在崛起的逊尼派乌里玛陷入困境。其矛盾的心态在于，他们自诩为伊斯兰文化遗产的监护人，既不能无视冷酷的现实，又不能置早年哈里发们的理想、传统于不顾。故此，只好采取折衷、调和的立场。阿巴斯初期处于新旧体制之交的教法学家们，正是以某种进退维谷的矛盾心态来对待国家体

制这一严肃的政治主题的，其著述之丰硕、立论之繁杂，超过历史上任何一个时代。其中有代表性的作家包括艾卜·优素福、贾希兹（776—868或869）、巴格达迪（？—1037）、马瓦尔迪（？—1058）等，尤以马瓦尔迪的《苏丹之律令》（Al-Ahkām al-Sultaniyya）更具代表性。一方面，他们出自怀旧之情，对正统哈里发制极尽美化之能事；另一方面，他们又企图把明显世俗化、封建化的阿巴斯政体同早年的哈里发制度混为一谈。因而其学说破绽百出，常常难以自圆其说。其主要内容可概括为：

(1)哈里发制度的必要性。重申哈里发制是唯一公正、合法、理想的政治制度，但它并非出自理性的论证（此为驳斥穆尔太齐赖学派的论点而发），而是出自安拉之启示，为实施沙里亚所必须，其宗旨是代表先知来捍卫伊斯兰信仰和统治世界。其次，它也是出自现世物质利益的需要，为保障穆斯林大众的生存和正常的社会秩序的前提，故为一种以契约为据、必须履行的义务性的制度。（马瓦尔迪）其中契约论为新提出的观点，它本身即是一种异化。

(2)哈里发的资格。认为一个时代只能拥戴一位普世哈里发（或伊玛目）。哈里发必须出身于古来氏圣族（此为针对同时并存的埃及法蒂玛哈里发而发），哈里发必须虔诚、公正、勇敢善战、精通伊斯兰教法，有独立判断和处理教务、国务、民事的能力，有健康的体魄、健全的神智等（巴格达迪）。其中圣族出身和精通律法为新增添的条件。

(3)哈里发产生方式。这是根据历史事实提出的论点。认为哈里发可通过普选制（第一任哈里发艾卜·伯克尔方式）、有限推举制（第三任哈里发奥斯曼方式）或以暴力推

翻不义暴君的方式（指以暴力推翻倭马亚王朝）产生（贾希兹）。其中暴力方式为前所未闻，系对阿巴斯政权合法性的肯定或默认，故为一种“创新”。但“创新”中含有对早年素朴民主思想的否定。

(4)哈里发的职责。教法学家们多有论述。主要包括：维护伊斯兰信仰的纯洁性、执行审判、排解民事纠纷、为民伸张正义、领导圣战、保卫国土、维护正常的社会秩序、任免国家官吏、征税、赈济贫民、亲理朝政等。（马瓦尔迪）这部分内容实为古代哈里发职责与阿巴斯封建王权的合二而一。

(5)哈里发的废黜。这是在“军事民主派”哈瓦利吉派学说的基础上提出的一个新问题，旨在对阿巴斯君主专制予以限制。许多教法学家都坚持，穆斯林大众有权废黜不义的哈里发，但他们皆为提出据以废黜的方式。故这项“民主”原则仅仅是道义上的一种限制。这种局限也许同哈瓦利吉派被官方取缔有某种联系。此外，历史上亦无先例可援。

显然，这个时期的哈里发学说已深受封建王权的影响，皆有为阿巴斯王权辩护的性质，这种倾向尤为明显地体现在“忠君”思想上。许多教法学家都极力主张“国无二君”、“民无二主”，一个时代只能有一位“普世”哈里发，民众应绝对服从其权威，不得反叛。关于这种不容“犯上作乱”的忠君思想，著名教法学家艾卜·优素福曾以两则“圣训”予以论证：

“服从安拉者即服从我，服从伊玛目（哈里发）者即服从我；反叛我者即反叛安拉，反叛伊玛目者即反

叛我”。

“若伊玛目是正义的，他必将得到奖赏，你当报以感激；若伊玛目是暴虐的，他必将受到追究，你当稍安勿燥”。①

自然，这个时期的哈里发学说亦含有以教权约束王权的因素。但这种约束不是一种机制，而只限于一种道义上的说教，即一切主权仅属安拉，哈里发身为“安拉的奴仆”亦必须在神圣沙里亚容许的有限范围内行使权力。但这种政治理论缺乏实践性，故而有的穆斯林学者指出，阿巴斯时代的哈里发制度，实为一种有限的君主专制，哈里发只要在名义上承认沙里亚的权威，他就可以为所欲为，不受任何限制。②

## （三）象征哈里发学说

10世纪下半叶，阿巴斯王朝国势日衰，哈里发形同虚设，实权掌握在靠武力夺取政权的地方苏丹手里。政治风云的突变使逊尼派教法学家们蒙受一次沉重打击，但他们仍能顺应时势，重新修补自己的理论，使现存秩序合法化。生活在这个时代的伊斯兰经院哲学奠基人安萨里（1058—1111），成为这个时期哈里发学说的主要设计者。安萨里面临的一大难题是：既然哈里发为安拉在人世间的代理人，其权威为神圣不谬的沙里亚所核准，那末地方苏丹无视其权威，无疑是

① 兰伯顿：《中世纪伊斯兰教里的国家和政府》，牛津，1981，第57页。

② 赛义德·马茂德：《伊斯兰教简史》中译本，中国社会科学出版社，1986，第396页。

一种大逆不道的行为。何以为这种“不义”之举提供理论根据？何以解释异化变形的哈里发学说？

安萨里采取了一种现实主义的态度，他首次提出了“权力转移”说，认为哈里发制不过是权力的一种象征。他说：“我们认为，哈里发职位只是名义上掌握在阿巴斯王室负责这件事务的人的手中，各地政府的职能由苏丹们行使”。又说，在那个年代，“政府主要取决于军权。无论谁握有权力，都表示效忠于一个人，此人即哈里发”。① 这就是说，地方苏丹

丹们是否忠诚于伊玛目，是否意欲履行沙里亚的诫命，则避而未谈。

（3）视苏丹制为伊玛目制的组成部分。安萨里认为，握有军权的地方苏丹为国家的下级官员，其权威来自伊玛目（即有名无实的阿巴斯哈里发）的委任；苏丹只有宣誓效忠于伊玛目并得到伊玛目的正式任命，才取得了合法地位。可见，安萨里仍抱有以阿巴斯哈里发为中心的正统观念。但他又认为，伊玛目亦可由实际掌权者即苏丹任命。这样，他的学说便陷入自相矛盾：伊玛目的神圣性取决于体现民意的沙里亚，苏丹的神圣性取决于伊玛目的委任，而伊玛目又可由地方苏丹指定。

（4）视乌里玛为沙里亚的监护人。安萨里认为，伊玛目既为权威的一种象征，故是否熟谙伊斯兰教法并不重要，在宗教、律法事务上，伊玛目应尊重乌里玛的意见。乌里玛的职责是按照时代的精神，重新解释沙里亚，维护伊斯兰教义的纯洁性，调解伊玛目与苏丹之间的关系。这样，安萨里设计的新的哈里发体制包含三要素：名义上至高无上的伊玛目、握有实权的地方苏丹和沙里亚的监护人乌里玛阶层。在这种变态的权力结构中，居主导地位的是地方苏丹，伊玛目形同虚设，而乌里玛的地位和职能，也仅仅是作为难以企及的宗教理想而提出来的。所以，安萨里亦欣然承认，在那个“荒唐”的年代，一位苏丹不论多么暴虐无道，“只要在呼图白颂词和铸造货币这两项特权上表示效忠于哈里发，他就可以行使独立的权威”。①

① 前引书第397页。

## （四）专制主义的神圣化

1258年，蒙古铁骑西进，一举攻占巴格达，阿巴斯王朝宣告灭亡。此后，埃及马木路克王朝的苏丹曾在开罗设影子哈里发，但只得到有限的承认。当合法的哈里发被废黜、哈里发制已不复存在，理论上又该作何解释？这个问题曾使许多教法学家感到失落和困惑不解。但经过苦心思索，他们终于找到了答案——没有哈里发的哈里发制或世俗专制主义的神圣化。

首先提出这一解决方案的是曾任开罗和大马士革总教法官的哈乃斐派教法学家伊本·贾马拉（1241—1333）。他认为，伊玛目位可通过选举或强权获取，由此形成两种伊玛目制。前一种体制尽管作了详尽的论述，但并无实际意义，只是机械地重复了前人的主张。而后一种体制，正是针对当时的实际情况而设计的，其目的无非是为靠武力夺取政权的马木路克苏丹作理论上的论证。伊本·贾马拉曾明确表示：任何时代如无伊玛目，而某个不称职者以武力取得其位并实际实行统治，则民众有义务与之“成立契约”，服从其权威。但如后来又有人推翻前者，前者则应视为被废黜了。① 据称，之所以采取这种实用主义原则，是为了维护穆斯林大众的团结和最高利益。伊本·贾马拉还详尽讨论了伊玛目的十大优秀品质、伊玛目（或苏丹）与穆斯林臣民之间的相互权利和义务等问题。但他既然承认强权的合理性，这些论述也就没有实际价值了。值得注意的是，这时“伊玛目”同“苏丹”

① 前引书第398页。

开始作为替换词使用，说明哈里发制日益世俗化了。此前，安萨里曾提出，将苏丹制纳入哈里发制，而伊本·贾马拉则主张，将哈里发制并入苏丹制。他甚至宣称，即令哈里发是不称职的或有罪的，民众亦不得反叛，据说这是为了防止使国家陷入混乱。

继伊本·贾马拉之后，生活在同一时代的罕百勒学派著名教法学家伊本·太米叶（1263—1328），曾就传统哈里发制度作了全面修正。他的《国家政权与沙里亚》一书，成为继马瓦尔迪的《苏丹之律令》之后的又一代表作。他的基本论点包括：

（1）普世哈里发制不再是一种义务性制度。认为根据教法传统，绝对主权仅属于安拉，但在先知去世后，安拉已把代行主权的职能“转移”至乌里玛，乌里玛因学识渊博、道德高尚，有资格按照新的时代条件，重新解释伊斯兰教法和穆斯林大众的历史。权力转移说表明，哈里发制不再是一种义务性制度，而是一种因时而异、灵活变通的制度。这样，伊本·太米叶便从根本上修正了世代相袭的哈里发制度的理论基础，抬高了宗教学者阶层的地位和职能。

（2）伊斯兰使命需要一个权威的司法机构。认为，伊斯兰教以“命人行善、止人作恶”为主旨，这一使命要求有一个强制性的执法机构，否则势必导致目无法纪、弱肉强食。伊本·太米叶还引征“圣训”予以论证，宣称世人需要权威的统治，即使不义的统治者也会执行法律，维护治安，领导“圣战”，因而有益于穆斯林大众今世与来世的福利。故“国不可一日无君”，“60年不义伊玛目的统治胜似一日国

无苏丹”。①

(3)理性和宗教要求有一位权威者（伊玛目或苏丹）。认为国家政权与宗教信仰是无从分割的，一方面，世人的福利只有在社会群体中才能实现，其组织形式即国家，而国家需有一位权威者；另一方面，宗教信仰也有依赖于国家的强权才得以维持，否则信仰和法制势必松弛，导致混乱。但伊本·太米叶又认为，统治者的个人行为与执行公职是两回事，执行法律并不要求统治者必须具有高尚的品德，以此为借口而举义反对统治者是不义之行为，应视为不可赦免的“大罪”。当然，民众有权废黜不义哈里发的问题，也就无从谈起而被一笔勾销了。

(4)以契约制代替哈里发的推举制。认为一个时代可以同时有几位并存的伊玛目。伊本·太米叶以哈瓦利吉派传述的“圣训”为据，就此作了论证。他还宣布，历史上从未存在过真正的哈里发选举制，哈里发是靠民意的支持取得权位的。故此，他提出了伊玛目的契约制：伊玛目与民众之间是一种契约关系，通过互相宣誓建立，其共同基础是服从安拉及其使者的宗教信念；契约的一方立约人是伊玛目，另一方则是穆斯林大众的代表者，包括精通律法的宗教学者和各级统治者。如同所有民事契约一样，立约双方之间通行“互利”原则；最高统治者据此取得政权合法性的根据，而无需诉诸强权即能获得长治久安，臣民则可在法治下安居乐业，享受今生与来世两世的幸福和欢乐。

(5)否认逊尼派教法学家关于哈里发资格的传统规定。

① 此为一则“圣训”。转引自兰伯顿：《中世纪伊斯兰教里的国家和政府》第145页。

认为伊玛目不必出身于古来氏家族，无需具有高尚的品德、渊博的学识、特别健康的体质等条件，这些严格要求有悖伊斯兰教精神。伊本·太米叶甚至认为，以这样的“完人”的品格来要求伊玛目，构成一种对安拉的“犯罪”行为，因为世人作为安拉的造化物，不可能具有如此完美的人格。故此他认为，伊玛目只需具备伊斯兰教法就证人品格所规定的条件即可，而不必苛求。既然个人难以具备这样的品格，而欲治理国家，则应借助于教法学家与统治者的精诚合作。

(6)强调伊玛目应主持正义。认为设置伊玛目位的根本目的在于主持正义、维护法制和秩序。因此，伊本·太米叶尽管深知伊玛目（苏丹）的专制和过错，仍对之抱以希望，并以“圣训”提出忠告：“正义伊玛目的一日胜似60年的礼拜”；“安拉最喜爱者莫过于正义的伊玛目，安拉最厌恶者莫过于残暴的伊玛目”。①

## （五）哈里发—苏丹学说

15世纪初，继蒙古人入侵、阿巴斯王朝灭亡后，伊斯兰世界兴起三大地区性政权：西亚的奥斯曼帝国、中亚的白羊王朝和伊朗的沙法维王朝。这时哈里发国家早已不复存在，哈里发学说已无实际意义，但一些正统观念较深的学者仍在热烈地探讨这一政治主题。其中对后世影响较大者当推法德尔·安拉（？—1521），他的大半生是在白羊王朝统治下的布哈拉和伊斯法罕等地度过的，其学说后来对奥斯曼苏丹有明显的影响。

① 兰伯顿前引书第149页。

法德尔·安拉青年时代曾拜沙斐仪学派著名教法学家和教法官贾拉尔丁·达瓦尼（1427—1502）为师，深受他的影响。达瓦尼坚信，正义的君主为安拉在大地上的“影子”，先知的代表者和代理人。他在献给白羊王朝苏丹乌赞·哈桑（1453—1478在位）的一部著作《国王之品行》中称他为哈里发，并就君权神授论发表过一段著名的言论：

“统治者是借助神明的支持而成为不凡之体的，他能使每一个人达到完美，并为他们规定一种正确的秩序。哲学家认定他为‘绝对的主宰’，伊斯兰哲学家称他为伊玛目。柏拉图称他为‘世界控制者’，亚里士多德称他为‘国民之首’”。又说：

“主权是对被选择者的一种神授的恩赐。统治可以是正义的或非正义的。正义的统治视臣民为子女和友人，为他们的世俗的和精神的福利而操劳，这便是伊玛目制度；非正义的统治是强权统治，视臣民为奴隶和非人。结果，每一位以正义实行统治和实施沙里亚的坚持正道的统治者，就被人们尊称为哈里发”。①

法德尔·安拉在其师之说的基础上进而提出，苏丹是一切权力的源泉，臣属的一切权力皆自苏丹而出；即使窃取王位的不义苏丹也同样是合法的，并应被尊奉为哈里发，故苏丹不仅是握有强权者，而且是至高无上的沙里亚的象征。在他之前，安萨里曾提出哈里发制度的三要素：哈里发、苏丹和乌里玛，而法德尔·安拉则将其简化为两要素：伊玛目／苏丹和乌里玛。这表明，在他看来，伊玛目或哈里发即苏丹，反之亦然，而他关于伊玛目制度的论述，无非是把历史上逊尼

① 前引书第181页。

派教法学家的学说套用在苏丹身上罢了。其哈里发学说带有总结性质，要点如下：

（1）伊玛目的品格。计有十二项要求：①出身于古来氏圣族；②精通伊斯兰教法；③有良好的判断力和施政才能；④有经济实力；⑤主持正义；⑥身为成年穆斯林；⑦身为自由人；⑧勇敢善战；⑨聪明过人；⑩男性；⑪有良好的视力和听力；⑫有良好的口才。一项重大修正是：如在阿拉伯人中找不到合适的人选，非阿拉伯人亦可出任伊玛目。

(2)伊玛目的产生方式。计有四种。第一种是普选制，即由穆斯林大众的公议决定伊玛目／苏丹的人选，以第一代哈里发的产生为据，称为艾卜·伯克尔方式。决议一经形成，需由民众代表宣誓效忠。第二种方式是委任制，即由前任伊玛目／苏丹任命继承人，据说第二任哈里发欧麦尔以此方式取得其位，故称欧麦尔方式。第三种方式是有限推举制，即由一个委员会推举产生伊玛目／苏丹，以第三代哈里发之名，称为奥斯曼方式。第四种方式系一种“创新”，即以暴力推翻合法的伊玛目而夺取政权。法德尔·安拉认为，篡位的苏丹虽未通过宣誓效忠而使政权合法化，但他仍不失为君主，亦可称之为伊玛目或哈里发，只是不能称为“安拉的哈里发”，以区别于早年“正统的哈里发”。

(3)伊玛目的职责。计有十项：①维护纯正的宗教信仰；②执行审判、排解纷争、伸张正义；③抗击入侵之敌、守卫国土；④实施刑罚以维护“安拉之法度”；⑤加强边疆防务、确保边远地区治安；⑥对叛教者举行圣战；⑦征收天课和其他税款；⑧确定朝臣官员薪俸；⑨任命各级官吏；⑩亲理朝政。以上10项职责与马瓦尔迪的主张大同小异。此

外，伊玛目／苏丹最重要的职责是捍卫沙里亚的尊严，按教法行事，玩忽职守者为叛教者和罪人。

(4)任命司法官吏。法德尔·安拉认为，伊玛目／苏丹一般皆不熟悉教法事务，故维护沙里亚的尊严和按教法行事，只能通过司法官员予以实现。他曾谈及三种司法官员的职能。首先是伊斯兰长老。由伊玛目／苏丹亲自任命，为主管教法事务的最高官员，其基本职责是“命人行善、止人作恶”，有权对伊斯兰教法作最后的解释。其次是穆夫提，即教法知识的权威诠释者，有权对新产生的或有争议的教法问题发表正式法律见解(法特瓦)，协助卡迪办案。第三是卡迪，即教法执行官，有权受理诉讼、作出裁判或调解民事纠纷。

## (六) 奥斯曼帝国的哈里发学说

法德尔·安拉的学说并非为奥斯曼苏丹的合法性作直接的论证，但它对奥斯曼帝国的政治体制有很深的影响。困扰着阿拉伯人的王权与教权之争，也曾使奥斯曼土耳其统治者不得安宁。为使其靠武力征服建立的军事政权合法化，苏丹巴亚吉德一世（1389—1402在位）曾向在开罗的马木路克王朝的影子哈里发讨封，苏丹色里姆一世（1512—1520在位）甚至将阿巴斯王朝的末代哈里发劫持到君士坦丁堡。早年的奥斯曼苏丹皆热衷于君权神授论，但他们多称为苏丹或伊斯兰的巴迪沙，而很少使用哈里发或伊玛目称谓。其原因有二：一是传统上认为，哈里发应出身于古来氏族，而奥斯曼土耳其人与此无缘；二是伊斯兰教界认为，自1258年以后，哈里发制度已不复存在，而在一般人的观念中，哈里发与苏丹几

无差异，只是称谓不同。一些正统观念较强的乌里玛尽管视奥斯曼苏丹为篡政者，但仍服从其统治权威。而西方基督教国家在同奥斯曼的交往中，也往往以强大的奥斯曼苏丹为全世界穆斯林的监护人。所以，按惯例，奥斯曼的苏丹制即哈里发制，亦即世代相袭的伊斯兰封建君主制。这似乎表明：由于时代久远，人们对称谓上的变化已习以为常了。不过，哈里发学说的深远影响仍不容忽视，如生活在16世纪印度的瓦利·安拉(亦作瓦利·乌拉)等学者，仍发表过不少有关论著。

值得注意的是，自19世纪下半叶至20世纪初，传统的哈里发学说再度在奥斯曼帝国引起强烈反响。其动因主要来自两方面。一是内外交困的奥斯曼苏丹阿布杜勒·哈米德二世(1876—1909在位)，企图借哈里发的威望，与阿拉伯各国的统治者及十叶派的伊朗国王和解，利用泛伊斯兰主义对抗咄咄逼人的欧洲列强。为此，他自称为全世界穆斯林的哈里发，伊斯兰信仰的监护人，两大圣地的捍卫者，号召以“圣战”击败入侵的欧洲殖民者。在其鼓吹和策动下，一些地区出现了支持哈里发的运动。另一推动力来自哲马鲁丁·阿富汗尼(1839—1897)。他认为，共同的信仰足以使全世界各族穆斯林联合为一个超国家、超民族、超地域的共同体，在一位众望所归的哈里发的统领下，通力合作、精诚团结，打败欧洲侵略者。但泛伊斯兰主义的鼓吹者们只着眼于现实政治目的，而未就哈里发体制作过系统的论述。古代哈里发们的幽灵最终未能拯救奥斯曼帝国的覆灭，而泛伊斯兰主义也以失败告终。

# 第 三 编

## 近现代法制改革

# ○ 第十四章

## 商法、刑法和民法的改革

本编讨论的范围是近现代伊斯兰国家的法制改革，意在说明自19世纪中期以来，传统伊斯兰教法所经历的改革与调整及由此而引起的深刻历史变化和存在的问题。由于东西方法律制度、法律概念迥异，这里首先需要就此作一简要的说明。伊斯兰教法，如前已指出的，是一部诸法一体的法规，不同法律门类之间不予区别。所以，这里使用的商法、刑法和民法概念，仅仅是出于方便。如按现代法律概念分类，那末教法的主体除刑法外，均属民法的范畴。当然，西方的民法又有民商分立和民商合一之别，伊斯兰教法不存在这种区分。但为了便于说明外来法律制度，特别是欧洲大陆法系的法国民法典、商法典对伊斯兰教法所产生的影响，这里借用了民商分立的概念。

伊斯兰教法的现代改革与调整，大致可分为两个阶段。第一阶段，始自19世纪下半叶，以改变传统教法的形式，采纳欧洲资产阶级的商法、刑法、民法为基本特征。第二阶段，以1917年土耳其颁布《奥斯曼家庭权利法》为起始点，以改革伊斯兰教法的实质部分为基本标志。本章讨论的民法改革，不包括婚姻、家庭、继承和瓦克夫制度，这些分别在

下三章里讨论。

## (一) 改革的历史背景

伊斯兰教法的现代改革，最早始自1850年的奥斯曼帝国。原因主要来自两方面。内部根源是教法的僵化性不能适应社会现实生活的需要。我们知道，约于10世纪形成的伊斯兰教古典法学理论并非沙里亚法院司法实践的科学总结，而是法学家们为了规范业已流行的司法惯例和民俗习惯而规定的一整套宗教道德准则，因而从一开始就带有明显的反现实、反理性的倾向。后来在此基础上形成的公议不谬说和因袭传统观念（塔格里德）严重束缚了理性思辨和逻辑论证的发展，从理论上排除了人为立法和修订法律的权利，从而使"古典"伊斯兰教法取得了最后的形式。而任何社会要想生存下去，都需要随着社会自身的发展，不断调整法律关系。在漫长的封建社会下，教法主要是通过两个途径来加以调整。一是习惯调整。即当人们的社会习惯实际上已突破某一法律规定时，则由专司解释法律的穆夫提或大穆夫提就此发表一项"正式法律见解"（法特瓦），给予确认。这往往需要经过很长的时间。一是行政调整。即由封建君主颁布政令，以行政法规和统治者的王权作为沙里亚法典的补充。但是，这两种方式难以从根本上改变法律严重脱离实际的倾向。只是因为社会发展进程缓慢，社会生活方式变化不大，法律实体与社会现实的不适应性显得不十分突出罢了。但是进入近代以后，情况开始发生根本性的变化。随着伊斯兰国家封建经济的发展，资本主义经济开始萌芽，民族资产阶级

作为一支新兴的政治力量，开始要求自身的权利，以摆脱对封建阶级的依附关系。社会自身的变化，社会物质文化生活方式的改变，使得人与人之间、人与社会之间的旧有的关系发生了某些变化，仅仅依靠以往建立在社会习惯基础之上的传统法律制度，已经越来越难以适应社会发展的需要。于是，法制改革作为急待解决的社会问题，终于引起统治者和社会各阶层的关注。

法制改革的外部原因是来自欧洲殖民统治的影响。自19世纪初，伊斯兰教的传统流行地区——西亚、北非、南亚和东南亚，相继沦为帝国主义的殖民地、半殖民地。这种屈辱的历史遭遇，穆斯林史学家们称之为伊斯兰教的"黑暗时代"。外国殖民统治使封建的伊斯兰国家发生了空前的变化。政治上，封建统治者逐步沦为帝国主义的附庸，昔日不可一世的奥斯曼大帝国，日见衰落，处在风雨飘摇之中。经济上，殖民主义者的压榨、掠夺，全面破坏、瓦解了伊斯兰国家缓慢发展起来的封建自然经济，国家日益贫困，人民生活在饥寒交迫之中。思想文化上，以基督教伦理学为基础的西方人文科学和以个人主义为核心的西方资产阶级生活方式，正在步步渗入传统的伊斯兰社会，征服人心，改变着人们的生活习惯和传统价值观念。随着欧洲殖民统治制度的建立和巩固，欧洲资产阶级法律制度的影响也日益加强。伊斯兰教法的现代改革，正是在内外的压力下，被提到伊斯兰国家的议事日程上来的。法制改革的过程实际上也是伊斯兰国家殖民化的过程。

## （二）奥斯曼帝国的“坦志麦特”

伊斯兰国家与西方国家近代的法律关系史，接触最频繁的领域是所谓“公法”领域（宪法和刑法）和民事商业领域。而在欧洲殖民者看来，恰恰是这些领域难以适应其经济扩张的需要。原因就在于，传统伊斯兰教法中根本不包括银行、公司、股票、信贷、合同等现代资本主义商业活动的内容，而且按照西方资产阶级法律观点，也难以容忍将所有人身伤害行为一律作为一般民事犯罪对待的传统法律观念，而对偷盗者断手、通奸者处以石块击毙的伊斯兰教刑罚，同西方资产阶级鼓吹的“人道主义”法律原则更是格格不入的。法律既是统治阶级意志的体现，欧洲列强欲将奴役他人的“意志”完全“合法地”强加于殖民地国家和人民，也就不足为怪了。这足以说明为什么商法、民法和刑法三个领域成为法制改革的首要目标。

欧洲法律制度在伊斯兰国家统治地位之确立，以18世纪上半叶欧洲列强强迫奥斯曼帝国接受治外法权制度为起始点，据此欧洲大陆法系的商法、民法和刑法在大部分中东地区取得了立足点。1740年，法国趁土耳其在同威尼斯、奥地利和俄国战争中的挫败，强迫土耳其签订了不平等的《治外法权条约》。其内容包括：法国人有权在帝国境内自由旅行和经商，法国商人进出口的商品只征收3%关税；法国大使和领事对居留在奥斯曼帝国的法国公民有完全的领事裁判权，未经领事同意，法国公民不受逮捕；法国人有向奥斯曼臣民转让商业许可的特权等。这意味着，土耳其的对外贸易完全操纵

在外商手里，而在民商交易领域，则按照欧洲法律制度来处理外商与土耳其商人之间的纠纷。继法国之后，奥地利、荷兰和俄国也都通过一系列的不平等条约，取得了类似的特权。这种屈辱的遭遇理所当然地激起广大穆斯林群众，其中包括商人阶层的强烈抗议。于是，[illegible]民族者便以取消治外法权制度为诱饵，鼓动土耳其苏丹全面采纳欧洲法律制度，以实现土耳其公民在外来法律面前的“人人平等”，借以平息民愤。当时年仅16岁的奥斯曼帝国苏丹阿布杜勒·马吉德一世（1839—1861在位），慑于欧洲列强肢解土耳其的压力，接受了这项要求。当然，包括苏丹本人在内的土耳其封建统治集团中的革新派，也幻想通过改革来改善腐败无能的国家行政机器的效率，为土耳其这个奄奄一息的“亚洲病夫”输血打气，以维护其摇摇欲坠的统治。

1839—1876年，继苏丹色里姆三世（1789—1808在位）和苏丹马赫茂德二世（1808—1839在位）发起的二次改革之后，苏丹马吉德在首相、前外交大臣拉希德·巴沙为首的革新派的支持下，领导了一系列自上而下的立法、司法、行政改革，这一重大事件在土耳其近代史上名为“坦志麦特”（改组）。为推行改革，在大臣会议之下成立了一个由政府高级官员组成的“改革委员会”，负责制定改革方案，指导改革的实施。据改革委员会宣称，此次改革意在“消除专制和滥用职权，保障人民的安全和舒适”。①1839年11月3日，拉希德首相在皇宫御花园里宣读的“御园敕令”宣布：保证帝国全体臣民不分宗教信仰，一律享有人身、名誉和财产的不可侵犯权；确定包括税制在内的固定税率；建立合理的征兵制度。敕令还谴责了政府官吏的贪污受贿行为，宣布对违

① 菲希尔：《中东史》，纽约，1979，第319页。

者严加惩处。1856年2月18日宣读的“御令”再次重申了上述内容，并就改革事宜作了广泛、具体的规定①。其间在改组政府机关、军队、财政、教育和外交机构的同时，尤为重视司法部门的现代体制改革，相继引进了几部欧洲法律。1850年颁布的《商法典》，直接照搬了《法国商法典》的部分内容。这部法典的突出特点，是在伊斯兰国家的历史上首次大胆突破了传统伊斯兰教法关于利息的禁令，以法律条文的形式确认商业利息的合法性，从而为欧洲资产阶级扩大在土耳其的商业活动提供了法律保证。1858年，以《法国刑法典》为基础，制订、颁布了《奥斯曼刑法典》，废除了除对叛教者处以死刑外的全部伊斯兰教固定刑罚（胡杜德）。之后，相继于1861年和1863年制订了《商业诉讼法》和《海商法》。这两部法律也都是法国法律的直接搬用。为了保证上述法律的实施，国家还首次成立了现代世俗法院（尼札米亚）。鉴于除涉及穆斯林臣民“私人法律身分”（即所谓属人法）外的全部民事审判权，均已由沙里亚法院转移至世俗法院，乃于1869年至1876年编纂了一部指导民事审判的“义务基本法”，即著名的《奥斯曼民法典》（麦加拉）。不过，这部法典与欧洲各国的法律无关。它是在广泛考虑历史上哈乃斐教法学派内部各种不同意见的基础上，经过选择取舍，以现代法律条文形式编制而成的一部民事基本法规。主要内容包括债务、商业契约、民事侵权行为、证据与审判程序等。它也是历史上以国家名义对神圣沙里亚所作的首次编纂。这样，商法、刑法和民法领域便从伊斯兰教法里正式分离出来，不再属于沙里亚法院的司法范围。尽管经过编纂，

① 菲希尔：《中东史》第320页。

但在已经接受欧洲司法传统的民法法院看来，这部法典实质上仍与中世纪权威教法学家编著的伊斯兰教法律课本区别不大。编纂民法典的指导思想是为了统一法律的实施，以适应法制改革的新潮流，这首先需要改变传统沙里亚法典的表达形式。此举是在考虑到因法律实体的差异而引起的各地司法实践的极度混乱之后，匆忙决定的。《奥斯曼民法典》除适用于土耳其本土外，还适用于当时仍属奥斯曼帝国领地的叙利亚、黎巴嫩、外约旦、巴勒斯坦和利比亚。“坦志麦特”改革的直接结果，是大大削弱了传统伊斯兰教法的统治地位，商法、刑法和民法三个外围领域率先脱离了伊斯兰教法，为现代西方资产阶级的世俗法律制度所取代。这一改革尽管未能挽救土耳其帝国的危亡，它所引进的法制改革却引起了广泛的反响。这道闸门一旦开放，现代法制改革的潮流就犹如咆哮的洪水，一泻千里，势不可当，席卷了整个伊斯兰世界。

## （三）中东地区的法制改革

继土耳其之后，埃及在采纳欧洲法律制度方面，采取了更积极、更大胆的行动。1874年，名义上仍隶属于奥斯曼帝国的埃及，取得司法独立。自1875年起，埃及不仅直接采纳了法国的《刑法典》、《商法典》和《海商法典》，还仿照《拿破仑法典》，相继制定了两部分别适用于埃及人和外国人的混合法院和埃及国民法院的《埃及民法典》，建立了独立于宗教法院的现代世俗法院制度。尤其值得注意的是，较之《奥斯曼民法典》，《埃及民法典》只保留了少量直接源自

沙里亚法典的内容。

由于土耳其和埃及率先实行的一系列法制改革，源自欧洲资产阶级的法律今天已成为大部分中东国家法律制度的重要组成部分。商法、刑法和有关诉讼程法几乎全盘西化，民法也不同程度地接受了欧洲法律制度的影响。当然，其间也曾出现过某些曲折变化，但那只是在选择不同外来法源问题上的左右摇摆而已。例如，土耳其于1926年废除了源自法国法律的1858年《刑法典》，代之以意大利法律为基础的《刑事法》和《刑事诉讼法》，1927年又以《瑞士民法典》代替《奥斯曼民法典》。二年以后，又颁布了以德国法律为基础的《刑事诉讼法典》。埃及于1937年也转向意大利法律，直接采用了意大利的《刑事法》。这部法律在现今黎巴嫩仍有重要的影响，而战后利比亚的《刑事法》，则是在综合吸收该法和法国法的基础上制订的。

至于民法，自本世纪40年代以后，在部分中东国家里也越来越西方化了。一度广泛适用于奥斯曼帝国领地的《奥斯曼民法典》，今天仅适用于约旦王国。在土耳其，它已被上面提及的《瑞士民法典》所代替；在黎巴嫩，被1932年通过的《债务和契约法》所代替；而在叙利亚、伊拉克和利比亚，则分别于1949、1953和1954年，为以1948年《埃及民法典》为基础而制订的各国的《民法典》所代替。如同土耳其的"坦志麦特"改革一样，上述法制改革的直接结果，是使商法、刑法、民法三个领域不再是伊斯兰教法的组成部分，而为欧洲的法律制度所取代。

一般而言，商法、刑法领域的改革阻力不大，因为商事活动历来靠各地的习惯法调整，而伊斯兰教的刑法很不完

整，经常以行政法、王权和地方法为补充。但民事领域，因与穆斯林民众的日常生活关系更为密切，阻力则要大得多。因而，改革者多取慎重态度，尤其是在战后，因为这里还涉及到消除外来殖民主义影响的问题。

民法领域，战后在中东国家中最有影响的法规，当推1948年颁布的《埃及民法典》。它是以1875年和1883年两部民法典为蓝本编纂而成的。这部法典一改过去全盘西化的倾向，试图把伊斯兰教法的某些原则与欧洲法律原则揉和在一起。法典的主要起草者、伊拉克著名教法学家阿布杜勒·拉札克·桑胡里曾就起草这部法律的指导思想作了如下说明："本法所定之条款是埃及现行法律、源自当代其他法典的成份和沙里亚法典原则相结合的产物"。①尽管该法约3／4的内容源自前两部法典，此外还吸收了联邦德国、意大利和日本等国的某些法律原则，从中仍可以看出强调日见衰弱的伊斯兰教法的意向。这表现在：

首先，法典明确肯定沙里亚法典为该法的渊源之一。这意味着，法院在审理案件时，可以从中推导出适当的判决或审判原则。这说明在民事关系上，特别是在民事商业关系和遗产继承问题上，伊斯兰教法仍有不容忽视的影响。当然，这类规定也是为了划清两种并存的司法权的界限，因为迄至这时为止，民法中仍有相当一部分内容即所谓属人法部分，不属于普通民法法院的职权范围，而属于沙里亚法院的司法权限。故在民法典里需要就沙里亚法典的适用范围作出规定。例如，法典第32条规定："失踪者和缺席者（的法律地位），将遵照特别立法之条款对待。其中如找不到适当的依

① 库尔森：《伊斯兰教法律史》第153页。

据，则须遵循沙里亚法典”。①又如，第915条规定：“继承人之确定，继承份额之推算，遗产之处分，应遵循沙里亚法典和遗嘱的有关法律规定”。②

其次，在参照外国法律制订这部民法典时，注意到当代西方国家法律概念的差异性，力求与伊斯兰教法保持一致。这种选择最突出的例子，是关于契约双方的权利和义务、法定权利的滥用、偶然与不测事件的后果、债务的分摊等法律原则和法律概念。此外，还直接从沙里亚法典里选取了一部分法律原则和规定，作为前两部民法典的补充。例如，增补了民事交易双方成交前“讨价还价”期（麦杰里斯）的规定，关于交易双方法律资格的规定等；还增补了关于瓦克夫财产租赁的规定、关于青干果传统物物交易的规定、关于承租人死亡即自动终止租赁的规定、关于在特殊情况下废除租契的规定、关于当事人双方声明解除债务契约的规定，等等。而这些内容均属传统伊斯兰教商法领域。

第三，新法典保留了前两部民法典里源自沙里亚法典的一系列规定。有些属于原封不动的保留，有些作了一定的修改。例如，关于亡人临终前处分遗产的规定、关于代理出租用益权的规定、关于在租赁的土地上植树、建房的规定、关于共有多层住宅或公用墙所有权的规定。其中尤为重要的，是那些直接源自沙里亚法典的规定。例如，关于先买权的规定、关于赠与的规定、关于首先偿还亡人生前所负债务然后才准许分割遗产的规定，等等。

此外，受《埃及民法典》影响较深的部分中东国家，如叙利亚、利比亚、伊拉克和约旦，战后所通过的民法典也都

①② 转引自安德森：《穆斯林世界的法律改革》，伦敦，1976，第90页。

表现出类似的特征。这些情况表明，在战后的民法改革与调整中，仍需要为传统伊斯兰教法留有适当的余地。这种既主张法制改革又强调沙里亚法典传统价值的思想倾向，体现了战后中东地区法制改革的基本特征。

限于篇幅，这里不想详尽介绍中东各国现代法制改革的情况，只能粗线条地勾画几笔。如果以1948年《埃及民法典》为"样板"，那末这一地区的民法改革，似可划分为三种类型。

第一种类型，是保留伊斯兰教法某些基本原则，同时参照欧洲资产阶级现代民法典编纂了单行民法典的国家，包括埃及、叙利亚、伊拉克、约旦、黎巴嫩、利比亚、科威特和伊朗。其中伊拉克《民法典》（1951年）保留的伊斯兰教法成份较多，而约旦《民法典》（1951年）则是经过部分修改的前《奥斯曼民法典》的翻版。《伊朗民法典》（1939年），较之《埃及民法典》，也保留了更多的直接源自沙里亚法典的内容。基本上属于这一类型的，还包括巴林、卡塔尔、阿联酋三个波斯湾沿岸国家。稍有不同的是，这几个国家受外来法影响较晚，虽然也都制订了民商法典，但在国家宪法中都肯定了沙里亚法典的地位，定为法律的唯一渊源（巴林）或主要渊源之一（卡塔尔，阿联酋）。

第二种类型，是仍以伊斯兰教法为基本法的国家，包括沙特阿拉伯、北也门和阿曼三国。在这些国家里，伊斯兰教法（包括当地的习惯法）仍然是制约民事关系的基本法，但同样采取了某些改革措施。例如，随着现代商业关系的发展，阿曼已经制订了《商业公司法》和《银行法》，由一个特别委员会负责听审和处理商务纠纷。而沙特阿拉伯，早在

1931年即颁布了《商务法规》，并在吉达、达曼等地设立了商务法庭；现代商业活动早已突破了伊斯兰教关于利息（里巴）的禁令，法律上准许银行发放有息贷款，利息被改称为“酬金”或“手续费”，原来仅限于海商的保险合同，现已扩及人寿保险外的各种领域。

第三种类型，是全面采取欧洲现代世俗法制的国家，到目前为止仅限于土耳其。土耳其自成立资产阶级共和国以后，于1924年宣布废除了哈里发制度，同年撤销了沙里亚法院。1926年以《瑞士民法典》为基础，制订、颁布了《土耳其民法典》。1928年，土耳其大国民会议通过决议，将“伊斯兰教为土耳其的国教”一语从宪法中删除。这样，土耳其就成为伊斯兰国家历史上第一个和唯一的、名副其实的政教分离的国家。

## （四）北非的法制改革

在中东以外地区，各地的法制改革因所处的历史环境和殖民统治形式的不同，呈现纷繁复杂的局面。但除荷兰统治下的印度尼西亚外，大体上有两种情况，即不同程度地接受欧洲大陆法系或英国普通法系的影响。

在北非诸国中，阿尔及利亚自1850年法国殖民统治制度建立以后，当地的穆斯林居民就受制于法国的《刑事法典》和《民法典》，伊斯兰教法被降格为“私法”，仅适用于有关穆斯林私人身分的事情。此外，在柏柏尔部落民中间，习惯法仍有很深的影响。

相比之下，摩洛哥、突尼斯和北尼日利亚，直到本世纪

50年代，现代法制改革仍未取得明显的进展。究其原因主要有二。一是历史上教法的影响历来较小，而广大民众中流行的一种宗教形式则是带有民间宗教色彩的苏非崇拜。一是法、英殖民统治者出于需要，有意采取了“维持现状”的政策，未直接加以干预。

在突尼斯和摩洛哥，早在殖民势力侵入之前，沙里亚法院的司法权就仅限于穆斯林的婚姻家庭关系事宜，而大部分民事审判权和全部刑事审判权则掌握在当地部落酋长之手。这种司法分立的局面是历史造成的，酷似历史上宗教法庭与统治者执掌的听诉法庭的分立。不过，部落酋长执掌的世俗法庭与卡迪主持的沙里亚法院实际区别不大，只是在执法时更加重视当地习惯罢了。另一方面，伊斯兰教法也吸收了大量当地的习惯。突尼斯虽然早在1906年就制订了《债务和契约法》，但该法是在沙里亚法典的基础上编纂的，不属于现代立法。这一地区的现代法制改革始自战后时期。1954年，摩洛哥以法国刑法为基础制订了一部《刑事法典》，其中仅保留了伊斯兰教的私通罪，规定对违者处以最高不超过6个月的徒刑。之后，突尼斯也以法国法律为基础，分别制订了《商法典》、《民商程序法典》（1960）和《海商法典》（1962）。

北尼日利亚，在英国“保护领”始建之前，伊斯兰教法在穆斯林居民中仍有很深的影响。部落酋长主持的阿尔卡赖法庭（卡迪法庭）和听诉法庭，有权按照马立克学派法律原则，受理全部民事和刑事案件，只有土地租赁仍遵循当地的习惯。英国殖民当局迫于当地人民的反抗，一度奉行所谓“不干预土著人法律和习惯”的政策，因而伊斯兰教法在一

段时期内未受到触动。殖民当局只就刑事审判规定了基本原则，如刑事犯罪的认定和量刑不得违反“自然审判与人道主义”原则。这项原则，实质上是为了限制传统伊斯兰教的某些固定刑罚而规定的，如对偷盗者断手，对私通罪者处以石块击毙等。但实际意义不大，因为这类酷刑很少付诸实施，而鞭刑虽然仍在实行，但在大多数情况下只是当众羞辱和宗教忏悔的一种手段，并非真正的肉刑，因而殖民当局仍可听之任之。然而，伊斯兰教法的实施因为其他一些错综复杂的因素而变得困难重重。例如第一，刑事案件除归沙里亚法院（阿尔卡赖法院）和实施马立克派法律的土著法院（听诉法院）双重审判外，还需要呈报实施英国法的英国普通法院和高级法院审核批准。第二，马立克派刑法与英国刑法差异很大，特别是在人身伤害罪的认定和量刑上。按照前者可判处死刑的刑事犯罪，如过失伤害，按照后者则可宣布无罪释放。第三，马立克派刑法对非穆斯林带有歧视性。例如，故意伤害一个穆斯林，被害者血亲有权要求同态复仇，而对非穆斯林则不适用这项规定。此外，赔偿赎罪血金的标准也因信仰不同而异。基督徒的血金仅为一个穆斯林的1／3，而拜物教徒的血金仅为一个穆斯林的1／15。在北尼日利亚，穆斯林占居民总数的2／3，其余为基督徒和拜物教徒。由于法制、习俗不同，教派冲突经常不断，长期得不到解决。因两种法律制度并存而造成的司法混乱，直到1957年国家颁布了统一的《刑事法典》并就地方法院和高级法院的审判权限作了明确的规定以后，才初步获得纠正。

尼日利亚的现代法制改革始自临近独立前夕。1959年和1960年，相继通过了一部新《刑法典》和一部《刑事诉讼程

序法典》。这两部法律也都是参照英国的法律传统而制定的，仅在一个方面留下了传统伊斯兰教法的痕迹。《刑法典》规定：对私通、诬陷私通和酗酒罪者，除按有关规定处罚外，还可以处以一定数目的鞭刑。

## （五）印度次大陆的法制改革

在印度次大陆，现代法制改革表现出某些不同于中东地区的特点，这主要是因为历史背景不同所致。印度是个多民族、多种宗教信仰并存的文明古国。近代仍统治着印度大部分领土的莫卧儿王朝虽然是个伊斯兰政权，但穆斯林在印度人口中只占少数，而居民的绝大部分则是信奉异教的印度教徒。鉴于这种情况，莫卧儿历代统治者大都奉行宗教自治政策，很少干预印度教的内部事务。历史上，伊斯兰教刑事法一度在印度居统治地位，但其适用范围仅限于穆斯林居民，而印度教居民的内部纠纷，则由婆罗门法官主持的印度教法庭调解。至于穆斯林与印度教徒之间的纠纷，则有时由实施伊斯兰教法的卡迪法院受理，有时按照当地的习惯法仲裁解决。

英国东印度公司侵入印度以后，最初未接管司法权，直到1726年才在马德拉斯、孟买、加尔各答三个管辖区设立实施英国皇家法律的“市长法院”。1765年，英国东印度公司从软弱无能的莫卧儿皇帝手里取得了孟加拉、比哈尔、奥里萨三邦的司法权。同年，又取得了三邦的行政权，英国东印度公司以莫卧儿税收官的名义，成为上述三邦的实际统治者。但是，最初司法权是通过间接控制的方式行使的。英国

殖民者只掌握司法机器，而通过留用的前莫卧儿王朝的司法官员主持具体的司法工作。1772年，沃伦·哈斯丁总督对印度的地方司法制度作了改组，分别成立了民法法院和刑法法院。民法法院由英国税收官主持，由伊斯兰教法说明官（穆夫提）和印度教法官（潘迪特）予以协助，有权受理继承、婚姻、种姓、宗教制度、宗教习俗等方面的民事诉讼。民事和刑事上诉，则由总督会议组成的邦最高民法法院和刑事法院受理。1781年，英国殖民当局规定，上述法院在无法可依时，应当根据“公正、平等、良心”的原则判决。这是英国法律原则首次渗入伊斯兰教法。

这时期由英国东印度公司一手建立的印度民事审判制度有三个基本特点。其一是所谓属地法原则：英国皇家法律仅适用于三个英管区，不适用于管辖区以外各邦；其二是司法分立或属人法原则：在涉及私人身分事情上，印度的穆斯林和婆罗门教徒分别受制于自己的宗教法规；其三，未制定关于其他民事诉讼的法规，所以债务、契约、民商交易等方面的纠纷，通常通过仲裁解决，而需要按照宗教法规仲裁的民事商业诉讼，则分别征询土著法官（毛拉维和潘迪特）的意见。这样便形成了英国法和印度地方法两种法制并存的局面。

但是，这种状况显然不能持久。这不仅是因为仅靠抽象的英国法律原则难以保证执法的统一，而且穆斯林和印度教徒以外的印度其他少数民族仍无一部民法可依。所以，随着殖民统治的加强，英国殖民当局终于放弃了“不介入土著事务”的政策。1790年。康维利斯总督宣布，印度的民事审判制度是“腐败透顶和完全无用的”。同年，对伊斯兰教法作

了修改，并对司法制度再次作了改组。修改后的伊斯兰教法称为《英属印度伊斯兰教法》，它在许多方面都全然不同于广泛流行于印度的传统哈乃斐派法律学说。新的审判制度规定：印度初级民法法院的判决经主审官（卡迪）和教法说明官（穆夫提）复审批准后，呈报由英国总督会议组成的最高法院批准执行。而地方刑事法院则被撤销，代之以四个主要城市为中心的巡查法院。此外，英国殖民当局还通过司法实践，对传统伊斯兰教法作了一些间接的修改。例如，早在1790—1760年就废除了故意伤害罪被害人的血亲可以宽恕罪犯的古老习惯，认定故意伤害罪的标准，也从只检验是否使用致命凶器（哈乃斐教法学派）改为是否有杀人动机。还废止了对偷盗者断手，对抢劫者断手、削足等传统刑罚（胡杜德）。

然而，上述司法改革同后来的法制改革相比，不过是过渡时期而采取的权宜之计而已。自19世纪起，随着印度完全沦为英国的殖民地，英国殖民者终于走上全面颁布新法的道路。1811年，英殖民当局宣布在印度取缔奴隶制，贩卖、收养奴隶以刑事犯罪论处。1839年颁布《童婚限制条例》，对未达到适婚年龄的早婚加以限制。自1860年以后，相继颁布了《印度刑法典》、《刑事诉讼程序法典》、《印度证据法》、《印度契约法》等一系列现代立法。上述改革过程在目的、方法、法律渊源上都不同于土耳其的坦志麦特及其后中东地区的法制改革。尤为突出的是，在英国统治下的印度次大陆的现代法制改革，不仅时间上最早，而且影响更深。所以，当今流行于印度、巴基斯坦和孟加拉穆斯林民众之中的伊斯兰教法，有其独具的特点。

# ○ 第十五章

## 婚姻家庭法的改革

民法、商法和刑法的改革与调整，其直接后果是使这三个外围领域不再属于伊斯兰教法，而为外来法律制度所代替。这一新趋向反过来又促进了教法的核心领域之一、婚姻家庭法的改革与调整。但相比之下，这个领域里的改革阻力要大得多。这一改革过程实际上早在1917年《奥斯曼家庭权利法》颁布之时即已开始，而实质性的进展还是在二次世界大战以后。

### （一）宗教法院与审判制度的改革

历史上，婚姻家庭关系是沙里亚法院处理日常民事纠纷最主要的领域之一。伊斯兰教的婚姻家庭法规，最初是古代伊斯兰国家的法学家们为了规范当时的社会生活而阐发的一整套宗教理想和道德原则，它们同后来才出现的实施这些法规的沙里亚法院没有直接的联系。也就是说，这些法规并非法庭司法实践的产物，而法庭的组建则是相对独立于实体法学说的。尽管如此，宗教法院和审判程序的改革，仍然是实体法改革不可缺少的方面。尤其是考虑到，伊斯兰教法历来被

解释为神意的体现，直接修改法律实体显然存在着难以逾越的法学理论和宗教感情上的障碍，迂回的方式就显得更加重要和不可避免的了，特别是在改革的初期阶段。而且，历史上由单一的卡迪组成的不完善的司法机构，早已证明不能适应现代司法工作的需要，因而这方面的改革早已成为当务之急。

### 1.改组宗教法院

改组沙里亚法院的第一步，是按教法学派组建多级法院，以满足现代司法的需要。历史上，自从四个古典教法学派形成以后，教法官们便不再享有解释法律的自由。原则上，一个教法执行官（卡迪）只能按本派教长的意见解释法律，执行审判。遇有分歧意见时，则只能遵循本派流行的观点，不得坚持己见，标新立异。在理论上，一个穆斯林在日常私事上容许随意选择自己所推崇的某一法学派或某一法学家的意见，而实际上则行不通。因为历史上除个别时期在伊斯兰国家的某些大城市同时设有适用四个古典法学派法律学说的沙里亚法院外，在大多数情况下，则是由原告一方决定向哪一派的法院起诉。所以，一个穆斯林不论原来属于哪一教法学派，都必须服从当地卡迪的判决。此外，统治者通常只承认和支持某一占主导地位的法学派。如在伊巴德派的阿曼，栽德派的也门，十二伊玛目派的伊朗，这些流派以外的其他教法学派从未得到官方的承认。而在逊尼派国家里，统治者也只承认和支持一个教法学派，如哈乃斐派即是得到奥斯曼帝国确认的官方法学派。这样，例如在埃及，沙里亚法院就不得不执行哈乃斐派法律，而实际上埃及的穆斯林大多

宗奉沙斐仪派（北部）和马立克派（南部）法律学说。而且即使在哈乃斐派内部，在大多数情况下，法院也只遵循该派的权威意见。显然，要增强伊斯兰教法的活力，必须突破宗派和法学派的局限性或传统偏见。

这方面改革的首次尝试，是1876年颁布的《奥斯曼民法典》。这部法典不仅首次将伊斯兰教法“属人法”以外的民事关系的有关内容简化、编纂为类似现代法典的款式，而且一反以往只尊重哈乃斐学派权威意见的惯例，根据时代的需要，选收了历史上该派某些不大著名的教法学家的意见。继这部法典之后，为了改善妇女的地位，1915年土耳其苏丹曾颁布两项重要法令，从而首次在离婚制度上突破了所有法学派的惯例。更大胆的行动是1917年颁布的《奥斯曼家庭权利法》。这部立法关于穆斯林私人身分问题的某些重要规定，不仅直接援引了哈乃斐派以外其他三个逊尼教法学派的学说、原则和规定，还收入了伊斯兰教初期一些默默无闻的教法学家的个人意见。

当然，上述改革措施主要是为了统一法律的适用，以指导沙里亚法院的审判，而更重要的还在于改变传统沙里亚法院僵化、陈腐的结构。为此，进入本世纪以来，特别是在战后，许多国家都按照现代司法原则，对沙里亚法院作了改组。例如在伊拉克，分别在巴格达和巴士拉市，设立了适用逊尼派和十叶派法律的沙里亚法院。在中小城镇，虽因条件所限未采取法院分立的原则，但法律上规定，法院在审理涉及两派当事人的案件时，必须征询双方宗教学者的意见。此外，在上述两地，还分别设有实施各派法律的第一审法院和上诉法院。在黎巴嫩，除第一审法院外，还分别设有适用逊

尼派和十叶派法律的高级法院，行使上诉院兼高级法院的职能。而在埃及和苏丹，则实行按地域和审判权设立的三级审判制度：在小城镇里，设有限审判权法庭，其上设第一审法院和高级法院。有限审判庭仅有权受理一般性的民事诉讼，对无权终审的大案、要案，只行使初审职能；第一审法院相当于中级法院，有权受理较重要的民事诉讼，对无权终审的大案、要案，仅有初审权。高级法院为终审法院，兼有最高上诉院的职能。

战后，由于传统沙里亚法院越来越难以适应现代司法工作的需要，所以今天在大部分伊斯兰国家里已不复存在了。在那些仍保留有这类宗教法院的国家，如沙特阿拉伯、北也门、伊拉克、约旦、叙利亚、苏丹等国，也都作了相应的改组和调整。今天沙里亚法院不论在体制上还是在职能上都不同于传统的宗教司法机关。在体制上，已由单一的卡迪法院发展为由多名审判官组成的按地域和审判权区分的三级法院。在职能上，沙里亚法院已不像从前那样重要，仅仅是国家设立的一种辅助性的民事审判机关，其司法权只限于同穆斯林私人身分有关的民事诉讼和宗教纠纷。而在那些已经撤销宗教法院或沙里亚法院已名存实亡的伊斯兰国家里，代之而起的则是全国统一的民事审判制度，宗教法院的权威仅留存在人们的记忆里。

### 2.修改审判程序和证据规定

除上述改革外，许多国家在改革的初期还对传统伊斯兰法院呆板的审判程序和证据规定作了大量的修改。这里我们不妨以印度次大陆和中东地区为例，略予说明。

在印度次大陆，自近代以来，伊斯兰教法的实施就属于英国殖民当局控制下的印度国民法院的职权范围，而最后核准权则属于英国枢密院。这一新的司法体制导致伊斯兰教法与英国普通法两种不同法律制度的融合，从而使伊斯兰教法带上了若干独特的特征，故被称为“英属印度伊斯兰教法”。这里仅举两例。

首先，由英殖民主义者一手培训的印度司法官员大多不谙阿拉伯语，不熟悉中世纪遗留下来的“沙里亚法典”，因而也不受因袭传统学说（塔格里德）的约束。所以，每逢遇到新的情况，他们往往按照自己所熟悉的英国法律传统，制定新的原则和规定，事实上等于变相修改了法律实体。例如，按照传统伊斯兰教法的规定，一个在丈夫生前未得到聘礼的遗偶，其债权要求是没有保证的。然而，按照《英属印度伊斯兰教法》所确认的所谓“寡妇留置权”，遗偶有权扣留丈夫的遗产，直到取得拖欠的聘礼为止。

其次，伊斯兰教法的某些基本原则，已被英国普通法的概念所代替。例如，按照哈乃斐法学派（印度穆斯林多遵从该派学说）权威法律课本的规定，在清偿亡人生前所负债务之前，亡人作为被继承人在法律上仍被看作遗产的所有者。与此同时，伊斯兰教继承法又规定，只有首先清偿亡人生前所负全部债务以后，才准许在继承人中间分割遗产。这样，如果被继承人是个没有偿还能力的破产者，那末在其临终前便不可能向继承人转移所有权，结果所遗资产的处分和所负债务的偿还也就无法可依了。为了解决这一困难，印度民法法院推定：不论被继承人是否有偿还能力，一俟被继承人死亡，法律上则认为，其生前的全部资产已转移给继承人，而

每一个继承人的继承资格，则取决于他是否按照应得遗产的份额代替被继承人偿还债务。结果，先清偿亡人生前所负债务然后才准许分割遗产的基本原则，实际上被取消了，代之以英国普通法的继承原则。

如果我们把注意力从南亚次大陆移至中东地区，展现在我们面前的则是另一幅图画。在这里，由于正统教法学思想的长期统治，伊斯兰教法的实施严格遵循中世纪以来的法律学说，因而直接修改法律实体阻力很大，而多采取行政立法手段，限制沙里亚法院的权限，以达到改革的目的。正是根据历史上哈里发享有的行政立法权（希亚沙），战后埃及、突尼斯等国才一举撤销了沙里亚法院，代之以全国统一的国民司法制度。也正是根据这一传统“公法”理论，许多中东国家对传统沙里亚法院规定了一系列的程序限制。仅举几例加以说明。

〔例1〕：重视书面证据。伊斯兰教法历来不重视书面证据，而强调口头证据，尤以沙斐仪教法学派为甚。书面证据同口头证据相比，属于次要的证据。有时即使已提出书面证据，仍需要加以宣读，或辅之以口头声明。为了制止法庭滥用口供，许多国家通过行政立法手段，对沙里亚法院的审判权和审判程序规定了严格的限制。如在婚姻关系方面，早在1897年，埃及《沙里亚法院组织和程序法》就明文规定：配偶双方，如有一方已经死亡，法庭原则上不再受理因结婚、离婚或确认这种关系而产生的权益纠纷，除非当事人有确凿无疑的法律证件为据。1951年约旦《家庭权利法》规定：未经沙里亚法院注册批准，丈夫不得私下休妻，法院有权拒绝

受理夫方因拒绝赡养妻子而提出的休妻请求。①

〔例2〕：取消漫长的妊娠期。伊斯兰教法规定，寡妇或离婚妇女再婚，需要遵守一段“待婚期”。这项规定的目的之一，是为了断定和确认其间出生的婴儿的生父身分，故此规定孕妇的待婚期一直持续到分娩以后。为保护母亲和婴儿的权益，法律上还规定了高达2至7年的法定妊娠期②，其间出生的婴儿在法律上一律视为合法婚生子女。这些规定历史上当然不无积极意义，然而在现代的社会条件下，显然已经过时了。妊娠期的推定属于法律证据范围，可以通过行政立法加可干预。因此，埃及于1929年颁布的关于沙里亚法院审判权的第25号法令规定，最长妊娠期不超过一年，要求法院不再受理离婚一年以上者提起的与婚姻有关的任何权益要求。

〔例3〕：关于所谓“未接触证据”的新规定。这同样是为了断定孩子的生父身分而采取的一项行政措施。按照传统哈乃斐派法律学说，已婚妇女，凡在婚后6个月以上出生的孩子，均为夫妻双方的合法婚生子女，不论婚后是否同居过。夫方拒绝承认妻子所生的孩子，只有一种途径，即盟誓指控妻子私通，最后由法院判决离婚。这种古老的习俗显然不符合现代审判程序和证据规定，所以今天已经弃之不用了。为了解决这类纠纷，埃及1929年第25号法令首次提出了关于“未接触证据”的新规定，要求法院拒绝受理夫妻未圆房或离婚一年以后出生的孩子的归属和身分的纠纷。这就是说，只要夫方能提出证据，证明夫妻之间虽已结婚但并未同

① 库尔森：《伊斯兰教法律史》第173页。

② 参见本书第六章。

居，或有争议的孩子是在夫妻之间最后一次性交一年之后出生的，则有权拒绝认领妻子所生的子女。

当然，以行政命令的方式来修改法律程序、限制法院的审判权，只是在法制改革初期采取的权宜手段，其局限性是不可避免的。首先，以此来改变法律实体势必造成法学理论上的混乱：要么承认程序法服从实体法，从而放弃实体法的改革；要么承认世俗统治者的行政权高于神圣立法权，从而根本否认伊斯兰教的基本特征。其次，就伊斯兰国家的婚姻家庭关系而言，实质性的问题是建立平等合睦、互敬互爱、一夫一妻制的婚姻家庭关系，而要实现这一目标，需要随着社会自身的变革从根本上解决夫方事实上享有的多妻权和随意休妻特权这一年深日久的社会问题，而法律程序和审判制度的修修补补不可能触及这一根本问题。

## （二）婚姻制度的改革

伊斯兰教下的婚姻关系，系以历史遗留下来的一夫多妻制为基础，带有明显的男尊女卑和买卖婚姻的性质。因此，婚姻法的现代改革至少需要解决以下三个根本问题：（1）废止童婚习俗；（2）破除对成年女子的婚姻包办；（3）废除一夫多妻制，实行一夫一妻制，建立平等和睦的新型的婚姻家庭关系。

第一个问题，今天在大部分伊斯兰国家里已经基本上获得了解决，至少在法律上是这样。解决方式大体有三种。第一种是依法强制，如在印度和巴基斯坦。印度于1929年颁布了《童婚限制条例》，其中规定法定适婚年龄为男16岁、女

14岁，违者以刑事犯罪论处。但是，与此同时法律上又规定，不合规定的婚姻并不因此而立即失效，待女方进入青春期后，可按照哈乃斐法学派所谓“青春期选择”的原则，解除不满意的婚姻。巴基斯坦1961年颁布的《穆斯林婚姻条例》也包含有类似的规定，还把女子的适婚年龄从14岁提高到16岁。

第二种方式，是通过行政立法对童婚习俗加以限制。以埃及为例。埃及虽未颁布有关立法，直接废止童婚习俗，但通过修改沙里亚法院审判程序和限制法院审判权的迂回方式，对此规定了严格的限制。例如，1931年通过的《沙里亚法院组织和程序法》规定，婚姻登记部门不得为不满18岁的男子和不满16岁的女子办理结婚登记证书，沙里亚法院无权受理与此有关的案件，无权受理未经司法部门批准的婚姻关系而引起的婚姻家庭纠纷。

第三种方式，以1917年颁布的《奥斯曼家庭权利法》为依据，西亚、北非的大部分伊斯兰国家采取了这种方式。该法规定，男女双方均需达到享有完全法律资格的年龄才准予结婚。法定适婚年龄，各国规定不一：男子均为18岁，女子分别为18岁（伊拉克）、17岁（约旦、叙利亚）、16岁（阿尔及利亚）和15岁（突尼斯、摩洛哥）。当然，这些基本规定在执行中容有伸缩性：达到最低法定适婚年龄、尚未取得完全法律资格者①，经法院特别批准或婚姻监护人认可，亦准予结婚。这就是说，法律仍允许有“例外”。今天，在整

① 《奥斯曼家庭权利法》规定的法定适婚龄的下限为男12岁，女9岁。在叙利亚，为男15岁，女13岁。在约旦和伊拉克，分别为男女各15岁和16岁。

个中东地区，除苏丹经法院特别批准，允许个别10岁以上、尚未成年的姑娘办理结婚登记手续外，所有其他国家均已就法定适婚年龄作了更为明确和严格的规定。兰然，法律在实施中经常受到习惯势力的干扰。

关于第二个问题，即成年女子的婚姻自主问题，也已初步获得了解决——至少从法律的观点看来是这样。婚姻包办与历史上的婚姻监护习俗有直接的关系。关于成年女子的婚姻自主权问题，不同教法学派有不同的规定。哈乃斐派和十叶派法律在这一问题上比较宽容，允许成年女子自己缔结婚约而无须监护人从中干预，逊尼派其他三个法学派，特别是马立克法学派，则强调监护人的决定作用，一件婚约须经女子的父亲或其他男性尊亲同意，否则无效。所以，改革封建包办婚姻的阻力，主要来自马立克法学派的传统流行地区，即突尼斯、摩洛哥、阿尔及利亚和苏丹等国。

今天，在摩洛哥和苏丹，父亲的直接或间接的干预，仍然是决定女儿终身大事的重要因素，不过通常也征求女儿本人的意见。而且，随着社会风尚的改变，监护人的作用已不象从前那样重要，实际上仅限于维护那些虽已达到青春期、但尚未取得完全法律资格的被保护人的合法权益①。有时为了维护被保护人的合法权益，法院甚至可以完全不考虑监护人的意见。为了限制婚姻监护权，一些国家还通过有关立法就此作了规定。例如，摩洛哥1958年《私人身分法》规定：婚姻监护人尽管有权阻止一桩“不满意”的婚事，但不得以聘礼微薄为借口，干涉被保护的婚事。该法律还规定，法院

① 进入青春期的年龄一般低于取得完全法律资格的成人年龄。突尼斯和摩洛哥规定的法定成人年龄分别为20岁和25岁。

在执行“婚姻对等”原则时，只考虑配偶双方本人的意愿和合法权益而不问双方的身世和社会地位①。又如，1917年《奥斯曼家庭权利法》和1953年叙利亚《私人身分法》也都规定，婚姻监护人无权以“门第不相称”为由，解除被保护人缔结的婚姻。

第三个问题，即历史遗留下来的一夫多妻制问题，战后伊斯兰国家也大多根据本国的实际情况，作了某些相应的调整。这一年深日久的社会问题，因有经文为据，今天虽有所缓解，但仍未获得根本解决。早在19世纪末，埃及现代主义运动的领导者穆罕默德·阿布杜就在报刊上讨论过这个问题，但未有结果。20年后颁布的《奥斯曼家庭权利法》，虽在《解释备忘录》里收入了一段谴责一夫多妻制“邪恶”的言辞，而法律正文部分仅规定，妻子在缔结婚姻之前，有权提出约定条件，诸如丈夫婚后如纳二房，妻子有权通过法律途径解除婚姻等。这一限制性条款，实际上是以丈夫自愿承诺不纳二房的道德义务为前提，其局限性是不言而喻的。继这项基本原则之后，埃及曾于1926年提出过一项重要建议：未经司法部门审核、批准，丈夫不得纳二房妻子，除非法院确认，夫方能够公正无私地对待所有妻子，有能力赡养妻子并履行其他应尽之义务。这两项条件，一是根据《古兰经》的有关经文（4∶3），一是根据沙斐仪的解释，绝无“标新立异”、“离经叛道”之嫌，然而还是被议会所否决。直到1953年叙利亚《私人身分法》颁布之时，才首次得到确认。阿拉伯国家中率先废除一夫多妻习俗的，当推突尼斯前总统

① 哈乃斐教法学派规定，“婚姻对等”原则包括配偶双方在家庭背景、宗教信仰、职业、身分、性格、经济状况六方面必须相称。

布尔吉巴，他在1956年颁布突尼斯《私人身分法》时，提出了两点见解：其一，一夫多妻制尽管在人类社会发展的早期阶段是可以理解的，但不符合当今文明人类的良心；其二，实行多妻制的前提，是丈夫公正无私地对待所有妻子，但纵观全部人类历史，几乎无人能够做到。这种大胆的解释在伊斯兰国家里是鲜见的。

在伊斯兰国家中，唯有实行政教分离原则的土耳其，较早从法制上彻底解决了一夫多妻制问题。土耳其在资产阶级革命胜利后，于1927年以《瑞士民法典》代替了一度作为婚姻家庭关系基本法的《奥斯曼家庭权利法》，以一夫一妻制代替了历史上广为流行的一夫多妻制。二次世界大战后伊斯兰国家的有关立法，都远不如土耳其立法那样彻底，又都在叙利亚1953年立法的基础上有所前进。这方面比较重要的立法有：1958年摩洛哥《私人身分法》、1959年伊拉克《私人身分法》、1961年巴基斯坦《穆斯林家庭法法令》、1974年民主也门《家庭法》、1975年伊朗《家庭保护法》、1975年索马里《家庭法》等。这些立法尽管互有差异，但都表现出两个明显的趋势：一是鼓励实行一夫一妻制，对一夫多妻实行经济制裁直至依法惩罚等严格限制；一是仍留有“例外”，法律上允许“特殊”情况下的一夫多妻。所以，有人认为，多妻仍然是富人的特权。

总之，随着一夫多妻制在整个伊斯兰世界受到越来越严格的限制，特别是随着社会自身的不断进步，伊斯兰国家的广大穆斯林妇女，尤其是受过教育的城市妇女，在婚姻家庭中的地位有所改善。但是，歧视妇女的现象仍然普遍存在着，在有些国家还相当严重。要实现真正的一夫一妻制和平等、

和睦的新型婚姻家庭关系，还需要经过长期而艰苦的努力。

## （三）离婚制度的改革

传统伊斯兰社会下的婚姻家庭关系是建立在夫权制的基础之上。伊斯兰教法认为，婚姻是男女双方之间缔结的一项契约，各自的权利和义务已经由引起这种相互关系的契约作了明确的规定。因此，只有有助于维护夫妻间既定的权利和义务的婚前约定（如关于聘礼的约定）才是有效的，可付诸实施的，而维护妻子单方面权益的约定（如关于丈夫婚后不得纳二房的约定），则是无效的，不可以付诸实行的。这种维护和强化封建家长制统治，带有歧视性的婚姻观念是封建制社会关系的必然结果，它使妻子在家庭生活中丧失了人身自由，沦为男人的附属品，无论蒙受多么令人难以忍受的苦难，都难以通过法律途径解除婚姻关系。传统上，妻子只有征得丈夫的同意，才能以“协商”的方式，终止一桩不公正的婚姻。此外，便只能引导丈夫“上当”，即故意做某件丈夫极力反对的事，诱使丈夫根据婚前的约定休妻，或由丈夫“授权”妻子自行解除婚姻。也就是说，妻子主动要求终止婚姻关系的任何可能性，都与夫权，特别是丈夫的休妻特权相联系，以丈夫的意志为转移。

相比之下，影响广泛的哈乃斐教法学派在离婚制度上尤为苛刻。按照该派法律学说，一个已婚的穆斯林妇女要想摆脱一桩不幸的婚姻，只有两种可能性。一是丈夫因有先天性生理缺陷（丧失性行为能力）而证明根本无力完婚，在这种“例外”情况下，可依法解除婚姻。一是丈夫下落不明并且

自其出生之日起推算已过了90年，在这种情况下，法庭才准予以“推定守寡”为理由，解除事实上早已不存在的婚姻。这种极不合理的婚姻制度为广大穆斯林妇女带来了无尽的苦难，特别是在奥斯曼帝国统治时期，来自世界各地的穆斯林富商和短期观光者，大都按照哈乃斐派法律与当地的穆斯林女子建立了婚姻关系，离去以后就把她们遗弃了。这些被遗弃的妇女无家可归，沿街乞讨，处境十分凄惨，又无法解除婚姻，改嫁他人以谋条生路。尤其不堪忍受的是，许多妇女婚前对夫方的情况一无所知，婚后才发现丈夫患有性病、精神病、麻疯病或其他先天性的不治之症。凡此种种来自社会最底层的呼声，都要求尽早结束这种封建的婚姻制度，以减轻妇女的苦难。

然而，只要决心改革，即使在传统伊斯兰教法容许的有限范围内，仍可以找到某些法律依据和具体的解决办法。例如，马立克和罕百勒两个法学派在这方面就较为宽容，它们都尊重妻方的某些基本权益，允许妻子以丈夫患有生理缺陷、拒绝或无理抚养妻子、无故遗弃或虐待妻子等理由，依法解除婚姻。此外，罕百勒法学派还特别重视道德义务和“践约”原则。因此，夫方在婚约中的承诺（如不纳二房）完全可以作为约束其婚后行为的法律依据。事实上，近代以来伊斯兰国家离婚制度的修改，大多是以这两个法学派的法律原则为依据。这些原则首次被纳入国家立法，是1915年奥斯曼苏丹颁布的两项法令，据此准许那些被丈夫遗弃而没有生活保证或婚前不了解丈夫患有某些不治之症的妻子，通过法庭解除婚姻关系。两年以后通过的《奥斯曼家庭权利法》又作了一些补充规定，准许妻子以婚前不了解丈夫患有性病、精

神病或丈夫长期外出不归、下落不明而妻子无法维持生活等理由，依法解除婚姻。此外，妻子因不堪忍受丈夫的虐待而提出离婚，经两名仲裁人调查核实之后，也准予离婚。但在这种情况下，妻子需要给予经济补偿（放弃原定聘礼或归还全部聘礼）。

继上述改革之后，战后埃及、苏丹、叙利亚、约旦、民主也门、突尼斯、摩洛哥、巴基斯坦等国，相继就离婚制度颁布了一系列新的立法，用明确的法律条文的形式，保障妻方的离婚权利。例如，约旦1951年《家庭权利法》规定，法律尊重婚约中配偶双方任何一方的权益，妻方有权将约定条件写入结婚证书。婚后丈夫如违反约定条件，经妻子申请，法院准予离婚。叙利亚1953年《私人身分法》作了更完整的规定：（1）一项婚约如含有违反婚姻法定性质和目的之约定，约定条件是无效的，但婚姻仍然有效；（2）一项婚约如含有维护妻方合法权益又不妨碍夫方合法权益之约定条件，是有效的和有拘束力的；（3）妻方之约定条件如妨碍夫方的自由和权益，约定条件仍然有效，但对夫方没有拘束力；（4）夫方违反妻方之约定条件，妻方有权依法终止婚姻关系。

总之，战后大部分伊斯兰国家都通过现代立法，就传统离婚制度中某些明显不合理之处作了相应的修改，准许妻方按照婚前的约定条件，依法解除某些不公正的婚姻。

许多伊斯兰国家的离婚法规都确认，妻方有权根据以下四项理由之一，请求法院依法解除不公正的婚姻关系：（1）丈夫有先天性生理缺陷或患有不治之症。这项原则已为埃及、苏丹、约旦、叙利亚、伊拉克、新加坡、印度、巴基斯

坦等国的有关立法所采纳；①（2）丈夫拒绝赡养妻子；（3）丈夫虐待妻子；（4）丈夫遗弃妻子。这三项基本原则也已为埃及、叙利亚、约旦、民主也门、索马里、突尼斯、摩洛哥、苏丹、伊朗、印度、巴基斯坦、新加坡等国的有关立法所确认。只是在实施细则上各国的有关规定不尽一致。例如，无力抚养与拒绝抚养的区别、丈夫拒绝抚养妻子或丈夫下落不明情况下妻子可诉诸的法律手段、何为虐待、何为遗弃以及在什么样的情况下可判决离婚或通过仲裁加以解决等等。这些规定肯定了妻子某些正当的权益，取消了传统离婚制度中无视妇女人格和尊严的某些明显不合理的规定，有利于改善妻子在婚姻家庭中的地位，因而有明显的积极意义。

离婚制度改革的另一重要方面，是需要取消夫方在法院之外的任意休妻权（塔拉格）。传统上，休妻几乎无异于丢弃一件破旧的衣服，完全是丈夫单方面的事，不必征求妻子的意见，也无须经法院批准。随意休妻而引起的社会问题无疑是相当严重的，战后已经引起伊斯兰国家的普遍关注。但是，因为种种的原因，现代立法改革迄今在这一领域进展不大，尚未取得重大突破。

当然，许多国家为此付出了巨大的努力，概括起来它们主要作了以下四方面的工作。第一，对传统哈乃斐派离婚制度中某些明显不合情理之处作了必要的修改或调整。例如，

① 埃及1920年第25号法令；
苏丹1927年第28号法令；
约旦1951年《家庭权利法》；
叙利亚1953年《私人身分法》；
伊拉克1959年《私人身分法》；
新加坡1968年《穆斯林法律实施法令》；
印度和巴基斯坦1939年《穆斯林离婚法令》

丈夫在开玩笑、酒后失言，受胁迫或失去理智状态下宣布的休妻，今天已没有法律效力。埃及、苏丹、叙利亚、伊拉克、约旦等国，已通过有关立法对此作了明确的规定。印度、巴基斯坦、新加坡、伊朗、民主也门、突尼斯等国，则通过修改法律程序对此严加限制，规定丈夫休妻须经有关司法部门批准，否则无效。第二，对本意上不属于最终解除婚姻关系的休妻规定了必要的限制。例如，埃及、苏丹、叙利亚和约旦的有关立法都规定，丈夫出于威胁或以盟誓方式连续宣布三次的休妻没有法律效力；一次场合连续宣布三次的“不可挽回的”休妻，法律上仅以宣布过一次对待，因而是可以撤销的。第三，一些国家的有关立法，以经济制裁手段对夫方随意休妻施加了一定的限制。例如，叙利亚1953年《私人身分法》规定：丈夫因虐待妻子或没有正当理由而随意休妻，沙里亚法院将视夫方的经济状况和虐待妻子的情节，判处除支付妻子在待婚期应得的抚养费外，再加上不超过妻子一年生活费的罚金（第117条）。摩洛哥1958年《私人身分法》规定：丈夫单方面解除婚姻，须依其经济能力和妻子的处境赠予妻子一笔“安慰金”（第60条）。突尼斯、巴基斯坦、新加坡等国的有关立法也都有类似的规定。第四，一些国家通过新的立法，对丈夫在法院之外随意私自休妻的旧习俗加以限制。例如，突尼斯1956年《私人身分法》（第30条）和伊拉克1959年《私人身分法》（第39条）都明文规定，未经法庭审核、批准，丈夫私下单方面解除婚姻没有法律效力。巴基斯坦和新加坡的有关立法规定，法院在受理离婚申请之前，须经法庭确认的两名仲裁人或三人仲裁委员会加以调节。经过调节仍无和解之可能，有关司法部门才准予离婚。

在离婚法规方面较为严格的国家是阿尔及利亚、民主也门、索马里和伊斯兰革命前的伊朗。这些国家的立法都强调，所有离婚必须经过国家司法部门的审核、批准。例如，民主也门1975年《家庭法》规定，离婚须首先经过人民委员会的调节，并经过适当的法院审核、批准，否则无效，而法院除在特殊情况下外，原则上不批准任何一方提起的离婚要求（第25条）。阿尔及利亚1959年2月4日法令宣布：离婚须由丈夫或妻子或双方提出申请，经法院根据一定的特殊理由颁发离婚法令之后，方为有效①。

此外，离婚法规的修改与调整还涉及传统伊斯兰社会下婚姻家庭关系许多细微的方面，诸如离婚妇女的赡养、待婚期的规定、拖欠聘礼的支付、子女的监护和抚养、夫妻共有财产的分割、丈夫失踪时限的推定、离婚的仲裁与审判程序等等，这里就不一一赘述了。

总之，伊斯兰教离婚制度以及与此相联系的旧习俗的改革，尽管已经取得了明显的进展，但由于历史的和现实的种种原因，特别是宗教社会习惯势力的长期影响，仍然存在着许多根本性的问题有待解决。从现实情况出发，似可作这样的估计：由于历史遗留下来的传统的婚姻家庭观念与习俗在大部分伊斯兰国家里至今仍有不容忽视的影响，因而如同一夫多妻的现象至今仍远没有绝迹一样，与此相联系的夫方的任意休妻权（塔拉格）只是受到了一定的限制，而没有根除；妇女在婚姻家庭和社会生活中，在许多方面还受到压抑，还远不能同男子享有完全同等的权利。

一个国家、一个社会的法律制度、文化传统、宗教习俗、道德风尚、理想情操乃至人们的生活方式，归根结底是

① 夏赫：《伊斯兰教法导论》第89页。

由它们赖以产生和存在的历史的和现实的社会物质生活条件所决定，而婚姻家庭关系正是交互影响的各种社会关系的一个缩影。虽然透过这个窗口，我们可以观察、了解社会上存在的种种问题，而这些问题的解决却只能有赖于有关国家的人民自身的解放和社会自身的发展和进步。

# ○ 第十六章

## 继承法的改革

历史上，伊斯兰教继承制度较之其他领域里的法规更为完整、系统、明确，加之伊斯兰国家传统家庭结构变化较为缓慢，所以这方面的改革要求不像婚姻家庭关系领域那样迫切。直到1943年埃及颁布新的《继承法》以后，现代法制改革潮流才开始在这一领域发生某些实质性的影响。尽管如此，传统继承法的修改仍以习惯调整为主，而没有颁布大量现代立法。

### （一）改革的社会历史背景

战后继承法的改革和调整主要是在逊尼派占统治地位的伊斯兰国家里，这是逊尼派继承法所固有的历史局限性所决定的。为了说明这种情况，首先需要就逊尼派继承法与十叶派继承法的根本区别作一简要的回顾。

如我们前已指出的①，二者的差异根源于对《古兰经》立法所取的不同态度。逊尼派教法学家们认为，经典里提出的固定份额继承制（法定继承），仅仅是对伊斯兰教前的部

① 参见本书第8章。

落习惯作了某些修改和补充，习惯确认的父系继承制仍然有效，而十叶派教法学家们则认为，父系制已为新的固定份额继承制所代替和废止。两种不同的主张导致两种完全不同的继承制度。逊尼派继承法（法定继承）在保障父系继承人权益的基本前提下，以经训为据增补了八类从前没有继承权的女性亲属，三类经常被排除继承权的男性亲属，还以类比判断为据增补了亡人的祖父，从而构成一个包括不同层次、不同级第继承人的庞大而复杂的继承制度。而十叶派继承法则以法定继承为基础，除作为姻亲的遗偶（丈夫或妻子）领取固定不变的法定份额外，其余所有继承人一律按照直系血亲、旁系亲属和远亲被划分为三个基本等级，不同等级之间实行绝对排除原则，旧的父系继承人不再享有优先权①。显然，逊尼派继承制度更接近原始继承制，倾向于在更广泛的父系家长制大家族内部处分遗产，而十叶派继承制度则较为简单、明确、实用，更接近现代个体家庭的模式，主张在小范围的核心家庭成员中间分配遗产。所以，随着时代条件的变化，逊尼派继承法显现出更多的不适应性，而十叶派继承法则比较适应现代条件，并且时常可以作为逊尼派继承制度改革的“样板”。

继承法改革另一值得注意的历史背景，是它的某些原则和规定带有僵化性和片面性，这是改革的内部原因。例如，逊尼派继承制度的一项基本原则是，适用法定继承的遗产仅占被继承人全部净资产的2／3，另外1／3适用遗嘱继承，分配给远亲、亡人生前好友、乃至非亲非故的“外人”。这项规定减少了遗产的数额，直接损害了直系血亲的权益。而

① 参见本书第8章。

按照固定份额继承制处分的2／3遗产，又因为逊尼派继承制度所固有的某些缺陷和不合理性，诸如父系男性亲属的优先权、祖父的特殊地位、女性亲属没有同等的继承权、不承认代位继承原则等等，常常不能保障所有直接继承人的合法权益。历史上，为了克服继承法的僵化性和片面性，通常采取习惯调整，即通过生前赠与的方式，将部分或全部财产转移给直系血亲。结果，法定继承、遗嘱继承和生前赠与（即家庭瓦克夫）的关系变得混乱不堪，难以适从。进入近代以后，随着原始大家庭的解体和新的以父母、子女为基础的核心小家庭的急剧增加，势必引起财产关系的重新调整。这一社会现实需要使传统分配制度的局限性和不适应性暴露无遗。因此，只有根据社会发展的需要，采取相应的调整措施，才能增强法律的活力。正是在这种情况下，战后部分伊斯兰国家通过了一系列有关立法，对传统继承制度加以修改和补充。当然，由于各国社会发展进程不一，这方面的改革还不很普遍。但是，即使那些未采取法制改革的国家，也都实行了许多习惯调整，而伊斯兰教的继承法本来就是社会习惯的产物。

## （二）主要改革措施

逊尼派继承法现代改革的根本出发点，在于维护以父母、子女为主的现代小家庭，至多是三代直系血亲的权益。为此，需要就传统继承制度的不适应性，加以修改和调整。采取的主要措施包括：

### 1.确认自由遗赠原则

维护直接继承人权益采取的最重要的改革措施，是确认自由遗赠原则，即在法律上承认一个被继承人有完全的自由，以遗嘱方式将不超过其全部净资产的1／3转让予任何人，包括享有固定份额的直接继承人。率先采取这项原则的是苏丹1945年发表的第53号法律通告，其中规定："遗赠不超过一个人全部遗产的1／3是有效的和可付诸实行的，不论遗赠给继承人还是非继承人，也无需征得其他继承人的同意；超过1／3限额的遗赠同样是有效的，但需要征得其他继承人的同意，才准予付诸实行"①。这项原则后来为埃及和伊拉克的有关立法②所采纳。这种大胆的革新在伊斯兰法制史上是没有先例的，因为逊尼派继承法或者禁止将遗产遗赠份额继承人（马立克教法学派）或者容许采取有条件的变通方法，即待被继承人死后征得其他继承人的同意，才可以付诸实行（哈乃斐教法学派）。这项新规定使直系血亲取得了双重法律资格，他们既是法定继承人，又是遗赠继承人，因而处于更有利的地位。而妻子的地位则更为明显有利，因为她不仅是主要的份额继承人，而且有资格接受遗赠，而按照旧的继承惯例，即使亡偶未留有子女，亡人之妻同样无权取得全部遗产。

### 2.维护女性直系亲属的权益

传统继承制度对妇女怀有偏见，这不仅表现在整个继承制度是以父系血缘关系为基础以及同一级第的男子得两倍于

① 转引自《穆斯林世界》季刊1952年1月号，第33页。

② 埃及1946年《遗嘱处分法》和伊拉克1959年《私人身分法》。

女子的份额等规定，而且表现在女子的继承权常被父系远亲所染指。为了改变这种不合理的现象，一些国家在有关立法中作了许多新规定。例如，突尼斯政府于1959年通过的《私人身分法》修正案中，不仅增补了马立克教法学派历来不予承认的“回归”原则①，而且将其适用范围扩及遗偶。新法还规定，亡人的女儿或孙女，即使在亡人留有父系男性宗亲（如兄弟或叔伯父）的情况下，同样有资格领取析产后的“余产”。这意味着，在遗产的实际分配中，女儿或孙女既是份额继承人，又是“余产”继承人，并有权排除旁系亲属。这在马立克学派法律传统里是没有先例的，而与十叶派继承原则十分相近。为了维护妻子的权益，苏丹1925年第26号法律通告规定，如果亡人除妻子外未遗有其他继承人和得到承认的族亲（即认亲继承人），遗偶有权继承全部遗产。埃及1943年《继承法》和叙利亚1953年《私人身分法》都规定，遗偶优先于得到承认的、有资格继承遗产的族亲。而1975年1月通过的索马里《家庭法》则在继承份额部分明确规定：女子同男子享有同等的继承权②。

### 3.取消祖父的优先权

祖父的优越地位反映了父系家长制的历史影响，这在哈乃斐教法学派里尤为突出。该派法律规定：祖父为主要份额继承人，通常仅为亡人之父所排除；亡人如未遗有父亲、子女和孙子女，祖父则以份额继承人和父系尊亲的双重身分继

① 在遗产分割中，被继承人如未留有余产继承人，余产则归还份额继承人分配。马立克学派主张收归国有。（参见本书第8章）

② 索马里《家庭法》（1975）继承部分第2章第158条。

承遗产，除领取固定份额（1／6）外，还可领取“析产”后的“余产”。而祖父对亡人所有兄弟姊妹的排除权，往往引起不公正。因为祖父死后，所承遗产将转归其子女，而亡人的兄弟姊妹实际上则被远房叔伯父夺走了理应分得的遗产。为了改变遗产分配中这一明显不合理的现象，苏丹、埃及、叙利亚等国都分别通过新的立法①，废除了祖父的优先权，从而使遗产分配更趋合理。传统上遵循马立克教法学派的突尼斯、摩洛哥、阿尔及利亚三国，无需作这方面的调整，因为该派历来不承认祖父的优先权。

## （三）关于代位继承原则

继承法改革的另一重要措施是引进代位继承原则，这同样是为了弥补传统继承制度的缺陷而采取的。我们知道，逊尼派法定继承顺序的基本原则是级第上靠近被继承人的排除较远的。这在实践中意味着，子女只能通过父母的纽带继承祖父母的遗产。如果在继承开始之前父母已经过世，孙子女继承祖父母遗产的权利就被任何还在世的叔伯父所排除了。这一古老习惯在父系大家族观念十分浓厚的古代社会下也许不无积极意义，因为叔伯父作为孙子女的监护人，完全可以父亲的身分维护他们的合法权益。但在现代社会条件之下，无疑已经过时了。弥补这一缺陷最简便的办法，是实行代位继承原则，即在法律上承认，有优先顺序的继承人在继承开

① 苏丹1939年第49号法律通告和1943年第51号法律通告；
埃及1943年《继承法》；
叙利亚1953年《私人身分法》。

始前死亡，其应得的份额由直系血亲卑亲属代位取得。也就是说，孤孙子女有权以父母的身分继承祖父母的遗产。事实上，巴基斯坦1961年通过的《穆斯林家庭法法令》就采取了这一原则。但是，在保留传统继承法框架的同时直接引进代位继承原则，有时也可能产生新的不公正。例如，被继承人只遗有一女和一孙女。在这种情况下，按照惯例，女儿应得遗产的1／2，孙女得1/6，再加上按照“回归”原则各自应得的“余产”。这样，女儿共得3/4，孙女得1/4。如按新的代位继承原则，孙女有权以父亲的身分继承遗产，结果应得2/3，而作为直接继承人的女儿，仅得1/3。这个结果，显然不符合伊斯兰教法定继承的基本原则。

或许正是为了避免直接引进代位继承原则可能引起的混乱，埃及的现代改革派在爱资哈尔大学宗教学者们的支持下，提出了一项更稳妥的解决方案。新方案采取了“义务遗嘱”原则，于1946年被收入埃及《遗嘱处分法》。其中规定：祖父母生前有义务为失去父母的孤孙子女立遗嘱，留置相当于其父母在世时各自应得遗产的份额，但不得超过被继承人全部遗产的1/3；如果被继承人同时还为其他继承人立遗嘱，则必须首先扣除“义务遗嘱”继承人应得的份额；如果被继承人生前未留下遗嘱，法律上则以立过遗嘱对待。这项新规定实际上是通过修改遗嘱继承惯例来弥补法定继承的缺陷，以间接的方式引进代位继承。其理论根据是《古兰经》里关于“为双亲和至亲而秉公遗嘱”的训令（2：180）。不过，这项规定按照后世的解释，已为经典里规定的“固定份额继承制”所废止。埃及的改革派出于立法的需要，运用所谓“独立判断”原则，对此作了新的解释。

"义务遗嘱"原则，后来经过适当的修改，相继被收入叙利亚、突尼斯和摩洛哥的有关立法。①所不同的是，叙利亚和摩洛哥的立法只承认被继承人的遗下的男性后代有权代位继承，而不适用于被继承人的女性后代。这一区别对待反映了对母系亲属继承权所持的不同态度。叙利亚和摩洛哥立法的依据是如下推定：假如被继承人的子女已经全部死亡，那末唯有儿子的后代有继承权——不论是作为父系继承人，还是作为份额继承人，而女儿的后代则因为是"远亲"，因而被理所当然地排除了继承权。而埃及和突尼斯立法的依据则是：既然女儿或孙女历来是合法继承人，因此即使其父母已经双亡，同样没有理由剥夺其继承权。

## （四）关于妨碍继承权的几项条件

除上述改革外，继承法领域里的改革和调整，还涉及伊斯兰教法规定的妨碍继承权的若干原则问题。传统上，逊尼派和十叶派继承法都规定，以下四种情况下无权继承财产：（1）继承人身为奴隶；（2）继承人造成被继承人死亡；（3）继承人与被继承人宗教信仰不同；（4）继承人与被继承人属于不同的国籍②。鉴于奴隶制在世界绝大部分地区现已不复存在，这项身分上的限制已没有讨论的必要。所以，这里只需就后三项限制条件加以说明。

① 1953年叙利亚《私人身分法》、1956年突尼斯《私人身分法》和1958年摩洛哥《私人身分法》。

② 参见本书第8章。

首先，按照哈乃斐学派法律原则，凡以直接方式造成被继承人死亡者，不论是否确有杀人动机，一律被排除继承权，而以间接方式（如投毒）造成被继承人死亡者，即使确有杀人故意，仍不妨碍其继承权。这种拘泥于形式的死板规定，今天已被许多伊斯兰国家所废止，代之以马立克教法学派的如下原则：重要的不在于致死的方式，而在于是否确有杀人故意。例如，埃及1943年《继承法》规定：一个神智正常、年满15岁以上的继承人，因故意作伪证导致被继承人被无辜判处死刑者，无权继承被继承人之遗产（第5条）。作为“例外”条款，该法还规定：一个人因行使正当防卫权而导致他人死亡，不在此例。埃及1946年《遗嘱处分法》也收入了类似的规定（第17条）。

其次，关于宗教信仰不同妨碍继承权的问题。按照逊尼派伊斯兰教法的规定，信奉不同宗教的继承人与被继承人之间，永远不得互相继承遗产，但遗嘱继承不受此限。十叶派继承法也有类似的规定，但十叶派教法允许穆斯林继承非穆斯林的遗产。这一限制条件在大部分地区一直得到了遵守，这是因为穆斯林一般不与非穆斯林通婚，彼此之间通常不发生互相继承遗产的问题。当然也有例外。例如，在那些信奉不同宗教的多民族混居的地方，通行的则是当地习惯法的继承原则。此外，有时由于外来制订法的干预，也可能冲破这一传统限制。例如，英国殖民当局1850年曾在英属印度颁布过《非种姓资格取消法令》，1923年曾在原坦葛尼喀本土颁布过《非基督徒亚洲人结婚、离婚和继承法令》，其中规定，“任何宗教法规以某人宣布退出或被逐出某宗教团体或被剥夺种姓资格为理由而剥夺其继承权，在本领土内没有法

律效力”。①

总之，除来自外来法的干预外，伊斯兰国家未试图在这方面进行改革。

第三，关于不同国籍问题。国籍不同构成继承权的障碍实际上仅适用于伊斯兰国家的非穆斯林被继承人（信奉异教的迪米人）与居住在他国的非穆斯林继承人之间的继承权问题。这个问题是历史遗留下来的。历史上，交战国的属民之间谈不上互相继承遗产的问题。哈乃斐和沙斐仪两个法学派不承认伊斯兰国土之外的信奉异教居民的继承权，理由是他们在皈依伊斯兰教之前永远是“敌人”或“潜在”之敌。马立克教法学派虽然未排除不同国籍属民之间的互相继承权，但不承认不同宗教信仰者之间的互相继承权。这一限制条件，今天在有些伊斯兰国家里已不再适用。例如，埃及1943年《继承法》规定，“穆斯林与非穆斯林之间不存在互相继承权，但非穆斯林之间可以互相继承遗产。国籍不同不妨碍穆斯林之间的互相继承权。不同国籍的非穆斯林之间的互相继承权，只要有关外国法律不禁止外国人的继承权，也同样不构成障碍”（第6条）。②

此外，婚姻家庭关系领域已经实施的某些改革措施，对继承法领域里的改革也产生了一定的影响。这里仅举两例。

〔例1〕：关于法定最长妊娠期的新规定。如上一章所述，为了改变历史上逊尼诸法学派规定的长达数年之久的最长妊娠期，埃及、叙利亚等国都采纳了最长不超过一年的法定妊娠期。这一新规定对有关国家的继承制度产生了重要影响。

① 转引自安德森：《穆斯林世界的法律改革》第157页。
② 转引自安德森：《穆斯林世界的法律改革》第158页。

其直接影响是，有关国家都在继承法里规定：被继承人死亡时，有权继承遗产的继承人必须是个在事实上或法律上“存在”的人。这就是说，只有在遗产继承开始以前出生或在法律上推定已经怀胎于母体者，有资格继承遗产。根据这一新规定，埃及司法机关拒绝受理被继承人死亡一年以后出生的婴儿的继承权要求。其他一些国家的有关立法也有类似的规定。这一原则，也适用于同被继承人离婚一年以上的前妻所生子女的继承权。另一方面，如果要求继承遗产者的父母在被继承人死亡时仍然生活在一起，则实行所有教法学家公认的6个月的最短妊娠期的标准。这意味着，凡在被继承人死亡6个月以后出生者，在法律上则被推定为在被继承人死亡时尚“不存在”，故不享有继承权。但是，对这一原则，历史上罕百勒派的一些法学家们持有异议，他们坚持在这种情况下应当适用9个月的正常妊娠期的规定，因为在被继承人死亡9个月以内出生的婴儿，很可能在亡人生前就已经怀胎于母体里，故不应被排除继承权。这项原则为埃及1943年《继承法》和突尼斯1956年《私人身分法》所采纳，这两部法律都以270天的正常妊娠期作为推定新生婴儿是否享有继承权的法律依据。这就是说，凡在被继承人死亡9个月以后出生的婴儿，无权继承遗产。这项规定也适用于遗嘱继承。

〔例2〕：关于死亡的胎儿不享有继承权的新规定。按照传统哈乃斐派法律学说，死亡的胎儿同样享有继承权．其所得遗产被推断为归母亲所有。这一惯例，今天已被埃及、叙利亚、突尼斯等国所摒弃，这些国家的有关立法都规定，只有活着出生的胎儿享有继承权。埃及和叙利亚的法律还规定，流产的母亲有权得到一笔补偿血金。突尼斯的法律沿用了埃

及立法中关于降生死胎的母亲有权得到一笔血金的规定，但在解释上不同于所有四个逊尼教法学派，认为这不是死亡胎儿继承权的转移，而是对母亲肉体损失的补偿。

除上述改革外，为了维护直系继承人的权益，一些伊斯兰国家还对瓦克夫制度作了相应的改革和调整，这些将在下一章里讨论。

# ○ 第十七章

## 瓦克夫制度的改革

在一定的意义上可以认为，任何宗教都没有固定不变的“原型”，因为它的形态受社会与时代条件的制约。社会发展了，时代前进了，传统的宗教观念和结构就得跟着“变”。否则，势必丧失生存的条件，成为历史的陈迹。这一基本规律决定了一部宗教的历史，也是它的形象不断“被扭曲”的历史。就古老的瓦克夫制度而言，这一适应社会与时代发展潮流的过程也许来得稍迟缓些，但同样不可避免地发生了。事实上，自现代以来，传统的瓦克夫制度已经发生了深刻的变化。

### （一）改革的社会历史背景

瓦克夫制度的改革与调整，始自19世纪，而大规模的实质性的改革，则是在二次世界大战以后。原因主要是来自发展社会经济的压力。大量的事实表明，瓦克夫的两种形式，即公益瓦克夫和家庭瓦克夫，已经远远不能适应社会发展的需要。

先说公益瓦克夫。在漫长的封建制度下，尽管公益瓦克

夫仍不乏宗教慈善意义，但这种特殊的财产关系早已成为封建所有制的变种。以瓦克夫名义保有的财产，其突出特征是以奉献安拉为名，永久性地冻结了财产主体。这种含混不清的所有制关系为主管瓦克夫事务的伊斯兰法院的卡迪和瓦克夫财产托管人（穆塔瓦利）非法截留、窃取瓦克夫产业的收益提供了合法的外衣，而封建领主们则以赞助公益事业为名，霸占土地，掠夺财富。结果，寺院财产无限膨胀。这种情况，到了近代已经达到惊人的程度。土耳其政府1925年的一项官方调查表明：清真寺占有的土地，在土耳其本土占全部可耕地的3／4；在阿尔及利亚占1／2；在突尼斯占1／3；在埃及占1/8。①可见，公益瓦克夫已经失去原来的意义，成为封建领主和宗教上层剥削贫苦农民的一种手段。

公益瓦克夫这种所有制形式严重阻碍了社会生产力的发展。就法律观点而论，所有权表现为占有权、使用权和处分权，占有、使用、处分虽为所有权的基本内容，但在实际经济生活中，所有人总是通过这三项权能的暂时分离和回复（如土地或房屋、企业的租赁和收回等）来不断满足自己的生产、生活需要和发挥物的效益。这是商品经济下的一般规律。然而，瓦克夫制度却使上述经济活动受到极大的限制。首先，瓦克夫财产主体被宣布为归安拉所有，与此同时法律上并未明确规定一定要转移占有权，而习惯上又承认事实上的占有权（如佃户长期耕种清真寺的土地），因此占有权常常是不明确的；其次，使用权原所有人在捐献财产时虽作过比较明确的规定，但仅限于用于宗教慈善目的，而不得他用；最后是处分权。按照瓦克夫制度，原所有人没有处分

① 德蒙班：《穆斯林的制度》第145页。

权，所赠财产不得收回、变卖、出租、抵押、赠送或继承。瓦克夫财产，由于被终止了所有权，限定了使用权，冻结了处分权，因而严重影响了物的效益的充分发挥，成为“死地”、“死产”。可见，从现代经济学的观点看来，公益瓦克夫的最大弊病就在于它使大量的社会财富无法投入流通、交换和扩大再生产。此外，所有权与使用权的长期分离，严重挫伤了生产和经营管理的积极性，土地不能精耕细作，产量微薄，大量有用益价值的瓦克夫产业，因经管不善，收益锐减，资金匮乏，逐渐失去用益价值。凡此种种，都极大地阻碍了社会生产力的发展，使国家日益贫困、民不聊生，引起社会各阶层的不满。

至于家庭瓦克夫也同样弊端重重。严格说来，家庭瓦克夫这种形式本身就是一种蜕变。“瓦克夫”，按其本来的意义，是把一件有用益价值之物奉献于宗教慈善事业，而家庭瓦克夫则是变相将产业留给自己的子孙后代受用，因而实际上是法定继承的一种补充形式。历史上这种所有制形式尽管含有纠正遗产分配不公正的一面，然而由于所取的方式纯属习惯调整，难免带有随意性和片面性。这表现在：一方面有的被继承人以生前赠与的方式，将产业转移给非亲非故的“外人”，而无视合法继承人的权益；另一方面，有的被继承人则指定部分亲属为受益人，而剥夺另一部分亲属的用益权。结果，伊斯兰教继承法变得更加缺乏效力，法定继承、遗嘱继承、生前赠与的关系变得更加混乱不清，难以适从。为了消除这些混乱现象，需要对这一古老的习惯作必要的修改和调整。

## （二）调整瓦克夫制度的种种尝试

瓦克夫制度的消极性和混乱性，甚至早在16世纪即已引起奥斯曼苏丹的注意。不过，当时所作的调整未超出习惯调整的范围，表现为各地和不同法学派之间法律学说驳杂不一，法律规定与社会习惯相脱节。以公益瓦克夫为例。许多地方都出现了变相长期租赁瓦克夫土地的现象，而法律上也不得不放宽限制：农业土地的租佃期一般不超过3年，其他瓦克夫资产的租赁期以一年为限。

自19世纪起，在外来殖民统治者的直接干预下，许多地区开始就瓦克夫制度作出某些新规定。1830年，法国殖民当局在突尼斯、摩洛哥、阿尔及利亚三国直接接管了瓦克夫事务的管理权，下令以永久性租赁的方式，将寺院土地租与佃户耕种。结果，国家变成了地主，佃户对土地的占有权和使用权改为世袭制，直到没有继承人时再归还国家。这是在外部势力的强制下，对瓦克夫制度所作的首次重大调整。

修改瓦克夫制度的另一尝试，是19世纪英国殖民者在印度、亚丁、桑给巴尔、肯尼亚等殖民地所采取的方式，不妨称为“英国方式”。在这些地区，英国殖民当局并未试图通过立法，直接修改瓦克夫制度。但是，由于当地的司法官员皆为英国殖民者所培训，他们既不懂阿拉伯语，又不熟悉瓦克夫制度的有关规定，因而在司法实践中往往曲解、篡改慈善捐赠的原意。例如，印度民法法院在受理涉及瓦克夫事务的民事诉讼时，就经常以英国衡平法原则为据，否认家庭瓦克夫的有效性。这种重司法实践和判例、轻传统法律学说的

倾向，实际上无异于废止了家庭瓦克夫。但是，对传统哈乃斐派瓦克夫制度的肆意歪曲，激起了印度穆斯林民众的强烈抗议，因而不得不予以改变。1913年，印度立法会议通过了《穆斯林瓦克夫有效法令》，重申哈乃斐派瓦克夫制度的法律效力。不过在印度，瓦克夫制度仅仅是作为伊斯兰教继承法的一种补充形式。继这项法令之后，英国殖民当局又在受英国普通法影响较深的亚丁、桑给巴尔和肯尼亚三块殖民地颁布类似的立法。①

继法国殖民统治者在北非三国采取的行政干预之后，1854年埃及总督穆罕默德·阿里曾颁布一项敕令，禁止将向国家交纳什一税的农业土地转变为瓦克夫“义地”。这项措施旨在保证国库收入，但由于伊斯兰封建主的抵制，未能付诸实施。1926年，土耳其政府在宣布撤销沙里亚法院的同时，依法废除了瓦克夫制度。这是迄今伊斯兰国家采取的最彻底的一次改革。同年，在土耳其的影响下，埃及众议院瓦克夫委员会在向瓦克夫部提交的一份财政预算报告中，就瓦克夫制度的弊病提出了尖刻的批评，并建议议会就是否要继续保留这项制度举行辩论。后来，达成一项妥协性的修改方案。自1932年起，司法部开始着手草拟有关立法。1936年，瓦克夫委员会通过一项重要决议：全面废止家庭瓦克夫并对公益瓦克夫的范围加以限制。但在次年又否决了这项改革方案。与此同时，埃及众议院私人身分委员会开始起草一部包括瓦克夫、遗嘱和继承的全面立法。结果，相继于1943年和1946年

① 这些立法包括1939年在亚丁颁布的《伊斯兰教瓦克夫有效法令》，1946年在桑给巴尔颁布的《瓦克夫有效法令》和1951年在肯尼亚颁布的《瓦克夫专员法令》。

通过了《继承法》和《遗嘱处分法》。鉴于瓦克夫制度的基本原则已在《遗嘱处分法》里作了明确规定，因而这后一部立法为修改瓦克夫制度铺平了道路。就在这部立法通过的当年，埃及又通过了一部《瓦克夫条例》，它也是迄今伊斯兰国家这方面最完整、最明确的一部基本法。次年（1947年），该法的许多重要条款经过少许修改之后，被收入黎巴嫩《家庭瓦克夫法》。二年以后，叙利亚政府颁布第76号法令，全面废除了家庭瓦克夫。

战后，瓦克夫制度的修改和调整，引起许多伊斯兰国家的重视。从基本趋势上看，大致有两种情况。一是直接通过立法，废止家庭瓦克夫，主要是北非诸国。埃及继1946年颁布《瓦克夫条例》之后，于1952年废除了私人性质的家庭瓦克夫，仅保留了《条例》中有关公益瓦克夫的条款。旋于1955年撤销了沙里亚法院，公益瓦克夫事务转归国家司法部和瓦克夫与爱资哈尔事务部主管。继叙利亚、埃及之后，利比亚、突尼斯、摩洛哥和阿尔及利亚，也都依法废除了家庭瓦克夫。另一种做法是在土地改革的过程中，通过间接立法对瓦克夫制度加以限制，主要是西亚和南亚的伊斯兰国家。例如，1959年颁布的《巴基斯坦土地改革条例》规定：所有农业土地，包括以家庭瓦克夫名义保有的土地，一律交归国家统一分配；留作家庭瓦克夫的土地，如果原所有人仍然在世，则归原所有人所有；如果原所有人已故，则在继承人和国家指定的领有人中间分配。①

战后，从总的趋势上看，瓦克夫制度同传统伊斯兰教法

① 大卫·皮尔：《穆斯林法律课本》第173页。

一样，正日趋衰落。家庭瓦克夫制度在许多国家里正在或已经为更明确的继承法所代替，而公益瓦克夫虽然仍普遍存在着，但在性质上已经发生了明显的变化，成为由国家掌管的名副其实的宗教活动基金。

## （三）埃及《瓦克夫条例》的基本内容

为了进一步说明战后瓦克夫制度改革的基本趋势，我们不妨以埃及《瓦克夫条例》为例，作一简单的分析。

### 1.瓦克夫的捐赠和有关条件

埃及的立法改革属于基本法的修改，强调任何慈善捐赠（即瓦克夫）均须符合国家颁布的现行立法。《条例》规定："自本法生效之日起，任何瓦克夫的发起、撤销、收益的使用或用益条件的改变、财产主体的变更，非经司法部门注册、审核、批准，没有法律效力。"①这项规定使传统的瓦克夫制度被纳入国家司法制度的严密监督之下，变得名存实亡。

### 2.关于瓦克夫的时效

这是最大胆的革新。传统上，瓦克夫财产的用益权没有时限。为了防止滥用法律，国家对各类瓦克夫的时效作了明确的限定。《条例》规定：供清真寺用益的慈善捐献必须是永久性的；用于其他慈善事业的捐献可以是暂时性的或永久

① 《穆斯林世界》季刊1952年7月号，第257—276页。以下出处同，从略。

性的；用于任何其他目的捐赠必须是暂时性的，用益期不得超过两代受益人或捐赠人死后60年。本法通过前发起的瓦克夫，原捐赠人有权依法作相应的调整。《条例》划清了一条明确的界限，即公益瓦克夫没有时限，而家庭瓦克夫必须是暂时性的，从而为保留宗教基金和最终废止私人瓦克夫提供了法律依据。

**3.关于瓦克夫的撤销**

这是为克服瓦克夫制度的僵化性而采取的一项改革措施。传统上，原所有人无权收回所赠财产或变更用益条件。《条例》对此作了修改，规定："原捐赠人可以部分或全部收回所赠财产，亦可变更用益权的使用或用益条件，不论原所有人是否宣布过放弃回收权。"

**4.关于瓦克夫期限的终止**

这是为明确瓦克夫财产最终归属而采取的一项新规定。《条例》规定："暂时性的瓦克夫，一俟原来所规定的用益期满或不再有受益人时，即自行终止；终止期未满或仍留有受益人，但如果原有的契约未特别规定每一份资产在没有受益人时将自动转归所有受益人或留下的受益人共同用益，则未留有受益人的那份资产的用益权也将自行终止"。

全部或部分终止用益权的瓦克夫财产，在性质上不再属于瓦克夫财产，因此其处分权不再适用瓦克夫制度的有关规定。《条例》就不同情况下的处分作了原则规定。如果原受益人属于享有法定"义务继承权"的亲属（即直系血亲），而原捐赠人仍然在世，所有权应归还原捐赠人；如果原捐赠

人已死亡，则转归原受益人或其第一代或第二代子女；反之，如果原受益人属于没有法定“义务继承权”的“外人”，而原捐赠人仍然在世，其所有权应归还原捐赠人；如果原捐赠人已死亡，则作为遗产由合法继承人继承；如果原捐赠人未遗有继承人，则作为“无主财产”收归国有。

**5.维护直接继承人权益的有关规定**

为了维护直接继承人的合法权益，《条例》照顾到本法同其他有关现行法律的一致性，就法定继承、遗嘱继承、生前赠与三种处分财产方式之间的相互关系，作了一系列的原则规定。(1)一个所有人可以自愿赠与的方式，将不超过其全部净资产的1／3转移予任何人，包括法定继承人，亦可将这部分财产用于某种慈善目的；(2)所有人之子女、父母、遗偶可以受益人的身分接受全部赠与；(3)上述亲属如果在所有人临终时无一在世，所有人可将其全部财产赠予任何人；(4)上述亲属如在所有人临终时仍然在世，则所有人所作的任何超过1／3限额的遗赠，均须留置相当于每一个亲属在法定继承部分（即2/3)中各自应得的份额；(5)除非有正当的理由，所有人不得剥夺上述法定继承人之全部或部分继承权。所有人无视上述规定，受损害的继承人有权依法恢复财产所有权。

以上五项原则规定，旨在消除数世纪以来因法制不健全而引起的遗产分配中的混乱现象。经过立法改革，制约以慈善捐赠方式处分财产的基本原则，一方面同遗嘱处分遗产的基本原则（即不超过被继承人全部净资产的1/3)相一致，另一方面又不违反法定继承原则。

### 6.瓦克夫财产的管理和分割

埃及的立法改革还涉及瓦克夫财产的管理和分割问题，旨在加强对家庭瓦克夫财产的管理，使之转变为直接继承人拥有完全所有权的私人财产。为此，《条例》规定：（1)受益人在瓦克夫共有财产中的份额，只要可能和方便（便于分割又不损害用益价值），则应同其余部分分离；（2)应尽可能地指定受益人本人为瓦克夫财产的经管人，并保证受益人在瓦克夫共有财产中的份额能够顺利地传给子孙后代；（3）以上两项规定在执行中如有困难，则须从受益人中间推举二名瓦克夫共有财产的托管人。托管人有义务如实地向法院申报瓦克夫收支帐目清单，接受法院的监督。违法者受刑事制裁。

# ○ 第十八章

## 现代主义与法制改革

在伊斯兰国家，由于宗教观念根深蒂固，影响至深，因而任何重大的社会法制改革都必须取得宗教传统的核准。否则，是难以想象的。这件理论工作是由现代派宗教学者们完成的。因此，我们在评介伊斯兰教现代法制改革时，尚需要就现代主义与法制改革的关系作一些分析。

### （一）现代主义产生的历史背景

伊斯兰教现代主义始自19世纪下半叶，是与传统主义相对立的一种资产阶级社会改良主义思潮。它的兴起，标志着中世纪伊斯兰教的衰微，现代伊斯兰教的开端。现代主义有各种不同的表现，所要回答和解决的一个根本问题，即古板的以封建制为基础的、传统形式的伊斯兰教如何适应现代社会发展潮流问题，亦即宗教学说现代化的问题。

从表面上看，伊斯兰教现代主义似乎有些类似近代欧洲历史上的宗教改革运动，但稍加分析即可看出，二者是有根本区别的。欧洲资产阶级在登上历史舞台之前，已经为反封建斗争作了充分的思想准备，其中具有决定意义的，是

对欧洲封建制度的精神支柱——罗马天主教会的批判。16世纪，继欧洲文艺复兴运动之后而起的路德和加尔文领导的宗教改革运动，实际上是欧洲资产阶级革命的前奏。独立的基督教新教教会的诞生，标志着欧洲资产阶级在同封建阶级的思想大决战中已经取得了决定性的胜利。因历史条件所限，17世纪英国资产阶级革命还不得不披着宗教的外衣。但到18世纪法国资产阶级大革命时，则公开举起自由、平等、博爱的旗帜，有了更得心应手的思想武器。这表明，欧洲资产阶级在政治上已经完全成熟了。资本主义在欧洲代替封建主义的过程，曾经伴随着反宗教、倒教权的大喊大叫，对旧"天国"的声讨，为建立资产阶级的人间"天堂"廓清了道路。而基督教的新教则成为欧洲资产阶级夺取政权，维护新的剥削制度的一个思想工具。

然而，世界历史的发展进程是极不平衡的。19世纪，当欧洲早已从自由资本主义进入垄断资本主义并凭借优越的武器和雄厚的物质基础开始大规模向海外扩张之时，伊斯兰世界仍处在黑暗的封建时代。在这些地方，经济上仍以分散的、自给自足的自然经济为主，资本主义因素刚刚萌芽，工业无产阶级尚未形成，大规模的反帝、反封建的民主革命尚未提到历史的日程上来。在这里，伊斯兰教不是资产阶级推翻旧政权的思想武器，而是封建统治者奴役人民的御用工具。不同的历史条件决定了伊斯兰国家的反封建革命，不可能采取以批判宗教为先导的"欧洲方式"。所以，以现代主义为标志的穆斯林东方的宗教改革运动，虽然也带有一定的反封建性，却难以造成像欧洲资产阶级革命那样波澜壮阔的声势，并且从一开始就表现出分散、动摇、妥协、保守等固有的局限性。

现代主义产生的内部根源，是刻板僵化的宗教学说与不断变化着的社会现实不相适应。如前所述，伊斯兰教是伴随着统一的阿拉伯民族国家的形成而产生的一种意识形态、文化方式和社会组织形式，其根本特征是政教合一。换言之，它不仅是一种包罗万象的思想体系，而且也是一种以神圣法律为基础的统治权力和统治制度的象征。这种宗教社会学说，尽管其主体是在封建制度下逐步形成的，但它一旦取得统治地位，即显现出其固有的僵化性和因循守旧性。因而，势必成为社会发展的障碍。历史上王权与神权的对抗、世俗化与伊斯兰教化的并存，异端派与正统派的分庭抗礼以及被压迫人民在宗教旗帜下举行的形形色色的起义、暴动等等，无不包含有对传统宗教的蔑视和反抗。传统伊斯兰社会以其特有的方式，造就了一个为数众多的宗教职业者阶层，这个阶层的大多数人虽然并非属于统治阶级，并时常流露出对封建统治者的不满情绪，但他们仍不失为封建传统的卫道士，因循守旧是他们固有的思想特征。作为宗教贤哲，他们在下层穆斯林民众中颇有威望，成为宗教信仰的实际监护人。传统宗教作为统治思想，在穆斯林大众中同样影响至深，他们执著地相信和遵循伊斯兰的生活方式，甚至认为一旦脱离了宗教生活，其民族特征也便不复存在了。这些因素综合在一起，在伊斯兰国家的历史上引起了一种循环往复的现象：尽管封建王朝不断更迭，教派起义连绵不断，人们的社会生活也时有变化，而宗教传统则“万变不离其宗”。其根本原因就在于，在漫长的封建制度下，社会生产方式和阶级关系没有发生质的变化。因此，宗教学说与社会经济基础的不适应性未能引起社会的关注。

然而，进入近代以后，情况开始发生明显的变化。教育的发展，科技的进步，生产方式和物质文化生活方式的改变，使人们的视野变得越来越广阔，传统宗教观念、宗教价值和道德标准开始受到怀疑，宗教同以科学和理性为标志的新时代就显得更加格格不入了。正是在这种形势下，伊斯兰教内部的一些开明的思想家，诸如印度的赛义德·阿赫默德汗（1817—1898）、阿富汗的哲马鲁丁·阿富汗尼（1839—1897）、埃及的穆罕默德·阿布杜（1849—1905）、巴基斯坦的穆罕默德·伊克巴尔等人开始意识到：如不实行改革，伊斯兰教再也不能适应时代和社会发展的需要了。在他们的提倡和影响下，现代主义作为一种新兴的宗教社会思潮和社会运动，终于引起各国宗教界的重视。

现代主义产生的外部根源是外国殖民者的入侵。欧洲殖民制度的建立为殖民地国家带来了两种性质不同的影响。一方面，它从根本上破坏、瓦解了这些国家缓慢发展起来的封建自然经济，扼杀了资本主义生产方式的独立发展；另一方面，它又使资本主义经济在殖民势力直接控制的沿海城市和重要商埠得到畸形的发展。这个过程加剧了阶级分化，产生了依附帝国主义的封建买办阶级和游离于帝国主义与封建主义之间的民族资产阶级。这后一阶级和封建阶级中间的“开明派”正是现代主义主要的社会基础。

欧洲殖民者的入侵，用洋枪、火炮敲开了伊斯兰国家的门户，结束了闭关锁国的时代，欧洲资产阶级思想文化连同其生活方式一涌而入。在这一精神侵略的过程中，同时也输入了欧洲的先进思想，为现代主义者们提供了求之不得的思想武器。17世纪欧洲大陆资产阶级哲学反对经院哲学的斗

争，18世纪法国资产阶级反封建的启蒙思想运动，特别是欧洲资产阶级尊重科学、重视理性、提倡现代教育等思想，使现代派们深受启发和鼓舞。于是，伊斯兰国家的现代派思想家们便在这些外来思想的影响下，提出种种社会改革主张，诸如提倡新学、发展现代教育、重整社会道德、复兴传统宗教文化等。而改革以神圣法律为基础的宗教社会制度，终于作为急待解决的重大社会课题，提到历史的日程上来。

## （二）现代主义的基本思想特征

在伊斯兰国家的近代历史上，现代主义基本上还只是伊斯兰教界内部的一种社会改革思潮，而没有形成一个有组织、有领导、有明确纲领的、统一的宗教改革运动。现代主义的鼓吹者们是各国受过现代西方资产阶级教育或影响的一批穆斯林知识分子。他们政治思想倾向不一，诉诸改革的手段各异、活动范围带有地域性，但作为伊斯兰教内部的现代派，在他们身上又都表现出某些共同的思想特征。主要是：

### 1.宣扬资产阶级文化决定论

在阶级社会中，任何文化方式总是同一定的生产方式和社会形态相联系，抽象的超阶级的人类共同文化是不存在的。文化，作为上层建筑的一部分，受社会经济基础的制约。社会形态改变了，文化也将随之改变。因此，从来不存在永恒的文化。但是，现代主义者们一面在偷偷地贩运西方资产阶级文化，一面又在大肆宣扬伊斯兰文化的永恒性，鼓吹以复兴早期的宗教文化，改革、发展宗教教育作为社会改

革的基本前提。这种资产阶级文化观点的代表者伊克巴尔认为，伊斯兰教本质上是一种文化运动，它充分体现了发展和进化的观点，而发展和进化的原动力则来自“圣人启示的力量”，即“认主独一原理所揭示的世界一体”。①在他看来，伊斯兰社会的生命力就在于伊斯兰文化所固有的“终极的精神基础”，称之为“伊斯兰教的运动原理”。②似乎一个国家，一个社会，只要有了高度发达的伊斯兰文化，即可以永葆其美妙之青春。正是从这种资产阶级文化决定论观点出发，现代主义者们大多把发展教育视为变革现实的灵丹妙药。当然，因历史环境不同，各自所追求的目标也就不一。有的着眼于传播18世纪欧洲启蒙思想，开阔广大穆斯林的视野，以改革传统的宗教教育，培养新一代穆斯林知识分子，肩负起社会改革的重任（如阿布杜）；有的从资产阶级功利主义出发，着眼于开办现代学校，培养一批穆斯林文职官员，充实到英国殖民者控制下的印度政府部门中去，以改善、增进印度穆斯林的福利（如阿赫默德汗）；也有的着眼于通过教育，培养、造就一批具有新思想的宣教人员，以振兴信仰，重整道德，将伊斯兰教信息传遍全世界（如拉希德·里达）。但是，所有这些努力在帝国主义和封建主义的阻挠、破坏下，都没有取得重大成果。伊斯兰教现代教育改革的失败，宣告了资产阶级文化决定论的破产。

### 2. 调和宗教与科学

宗教与科学是两种对立的世界观。但现代主义者们调和

① 伊克巴尔：《伊斯兰宗教思想之重建》，拉合尔，1965，第147页。
② 同上书，第148页。

宗教与科学是可以理解的，因为其目的在于提倡科学，而在当时的历史条件下，科学的发展需要取得宗教的“恩准”。既然宗教的权威是不容怀疑的，唯一的办法便是调和二者的矛盾。这方面的论述，集中地体现在现代派所阐发的新的经注学理论里。阿布杜几乎原封不动地照搬了历史上伊本·鲁世德（1126—1198）提出的“双重真理”说。他说：“真主降示了两本书：创造的自然之书和启示的神圣经典。后者指导我们用智慧来考查前者。”①这样，在抽象地承认万物皆为真主所创造之后，实际上则把神明从自然界排斥出去了。这在认识论上是有积极意义的。正是从这种二元论出发，阿布杜就宗教领域和自然领域作了明确的区分，认为探索自然界的奥秘，将产生两种有益的结果，即认识真主之万能和把握自然规律。因而，应当视宗教为科学的良师益友。

论证宗教与科学的一致性，不仅需要从宗教经典中寻求依据，而且需要对经典中明显违反科学常识的内容作新的解释。现代派一般都拒绝接受《古兰经》里描述的种种“神迹”。这方面以阿赫默德汗最有代表性。在现代改革派中，阿赫默德汗是最早接受达尔文进化论的一个。他相信万物之间有因果联系，自然界处在不断的进化过程中，天体运行、人的生老病死皆为自然界的规律所支配。基于这种科学的认识，他提出了15点经注学原则，在肯定基本信仰的同时，对《古兰经》的启示作了历史分析，宣称经典中没有违反自然法则的内容。他还宣布：晚出经文停止先前经文的传统“废止”说（纳斯科）不能成立，经典里提及的末世论、天使

① 拉希德·里达：《灯塔周刊》合订本第352—353页。转引自查尔斯·亚当：《埃及伊斯兰教与现代主义》，开罗，1933。

说、魔鬼说、宇宙论，需要用科学的观点重新加以解释，而经注学只能以“明义”为依据，“隐义”只能解释为“比喻”，为此需要作语义学和宗教比较学的研究。

对经典作自然主义的解释，引起一系列新问题，阿赫默德汗同样作了极为大胆的解释。例如，他把“天使”解释为创造物的自然属性，如岩石的坚硬性、水的流动性，而在宗教意义上指的则是鼓励世人战胜逆境的一种道德力量；而人类始祖阿丹（亚当）在伊甸园里偷吃禁果的故事，则被解释为人类易受邪恶势力诱惑的一种先天的脆弱性。关于灵魂不灭说，他解释为末日审判时人性的复活，但仅仅是人格的复活，而不是肉体的再生。至于经典里描绘与先知穆罕默德有关的唯一一件奇迹，即所谓“升霄之行”，他解释为只是一场梦幻而已①。

总之，现代派调和宗教与科学的根本目的，是试图创建一种符合科学、顺乎自然的新宗教观。在这种新宗教观下，科学将不再是宗教的恭顺的婢女，而是它的小兄弟，允许有适度的自由。这当然不无积极意义。这种以“自然宗教”著称的新宗教观，尽管其理论基础支离破碎，其轮廓至今仍模糊不清，却是现代主义者们在宗教理论上向前跨出的艰难的一步。

### 3.调和宗教与理性

理性是现代派依靠的基本思想武器。宗教与理性的关系，是个长期争论不休的老问题。对此，现代派采取了折

① 阿赫默德·阿齐兹：《印度和巴基斯坦的伊斯兰教现代主义》，多伦多，1967，第47页。

衷、调和的立场。这方面论证比较系统的，当首推阿布杜。

同所有现代派一样，阿布杜从早期唯理派穆尔太齐赖学派的观点出发，断言理性为伊斯兰教所固有，因而其首要任务是恢复理性的历史地位。这方面的论证同样只能求助于新的经注学，即从实用主义出发，对《古兰经》作理性的解释，显得过于牵强附会，缺乏说服力。经过反复的论证和解释，阿布杜得出结论："判断何为真理，何为谬误，何为有益，何为有害，理性具有最后的权威"。进而认为，人类完全有能力通过理性来理解信仰，印证安拉的存在和独一，从而确信"宇宙背后有一个无所不在、无所不知、无所不能的创造者"。①

论证理性符合伊斯兰教传统，意在用理性至上的观点，解决神启与理性的矛盾。为此，阿布杜提出了一个著名的论断：如果理性与圣训相悖，则应服从理性所作的判断。而关于一则有争议的圣训，则可采取两种解决办法，或者"存异"，或者按照语法规则和上下文，将其解释为"符合理性所确定的意义"。同样的原则也适用于经典的解释，只是在解释时更加谨慎罢了。阿布杜首先断言，《古兰经》里不可能含有违反逻辑的内容。即令某节经文确有似是而非之处，那末根据理性至上的原则则应认为，经文的字面意义并非神启的本意。这就要求人们，或者根据经文的上下文作合理的解释，或者宣布此节经文为"奥秘"，不予探究。可见，现代派主张以"理性信仰"来代替中世纪以来的"盲目信仰"。当然，任何宗教信仰都包含有对某种超自然的异己力量的盲

① 阿布杜：《论认主独一》，第9—10页。转引自查尔斯·亚当：《埃及伊斯兰教与现代主义》，牛津大学，1933年版。

目信仰和崇拜。但是“理性信仰”的提出，在宗教思想发展史上无疑是一种进步，它有助于批判、摒弃那些与“盲目信仰”相联系的落后的宗教观念和封建习俗。

自然，现代派并非主张以理性的眼光来审判一切。阿布杜就曾明确表示：“早年纯正的伊斯兰教启示，应当看作是安拉为人类设置的一道障碍，以减少他们的过错，避免走向极端。”①伊克巴尔认为，哲学需要以宗教为中心，因为“理性只能认识个别，直觉才能认识全体”。“直觉是理性的高级形式”。②阿赫默德汗未直接论及宗教与理性的关系，但他在论述经注学的基本原则时，承认有六项基本信条不能借助理性去认识。

由于现代派宗教理论家们未明确界定理性活动的范围，难以就此作出准确的评价。近于界说性的结论是阿布杜的如下言论：“人的思想不能认识事物的本质。我们的理性至多只能认识事物的偶然的、次要的本质”。③又说，“没有神启的指引，人类不能只靠理性来认识求得幸福的手段，正像动物不能仅凭视觉来认识万物一样，还需要其他的感官，而宗教就好比人的总的感官”。④由此可见，现代派所推崇的理性，仅仅是作为在神启允许的有限范围内认识事物次要属性的一种手段。现代主义者们一般都把神启分为两类：具有普遍意义的基本信条和仅具有社会立法意义的训谕。前者为

① 阿布杜：《论认主独一》，巴黎，1925，第176—177页。

② 伊克巴尔相信两种理性：辩证理性和直觉理性。二者互为补充，但直觉是理性的高级阶段。见伊克巴尔：《伊斯兰宗教思想之重建》，拉合尔，1965，第1章。

③ 阿布杜：《论统一》英译本，第149—150页。转引自巴基斯坦《伊斯兰季刊》1970年第9期，第57页。

④ 阿布杜：《论认主独一》法译本，第88页。

永恒性的，后者为暂时性的。理性只能应用于后一类启示。

### 4.以复古主义为形式

恩格斯在分析非洲历史上在伊斯兰教外衣下举行的宗教起义时曾经指出，这些社会运动经常采取净化信仰的方式，表现出虚假的复古和返朴的特点。① 恩格斯的论断也适用于伊斯兰教现代主义运动。

从表面上看，现代主义与复古主义似乎毫无共同之处，然而在特定的历史条件之下，它们又奇妙地结合在一起。这种现象并非偶然的巧合。原因有二。首先，从政治制度上看。自近代直到本世纪，伊斯兰国家的基本政体是地主、资产阶级的联合专政。资产阶级因其先天的软弱性，提不出完全独立于封建阶级的政治纲领和社会理想，而其阶级利益又往往同封建阶级的利益相通。这种同命相连的阶级属性，为反映资产阶级愿望的现代主义和反映封建阶级愿望的复古主义提供了共同的社会基础。其次，从文化知识背景上看。现代派大多属于“土洋结合型”，他们既受过系统的传统封建教育，又深受现代西方资产阶级教育的影响。出自强烈的正统宗教观念，他们热衷于从伊斯兰教内部来寻求社会改革的动力，可谓“经典为体，西学为用”。而在宗教内部，由于伊斯兰教所固有的思想特征，最强大的力量莫过于来自传统的力量。这种因循守旧的传统观念，通过伊斯兰教的传统科学，世代相袭，历久不衰，在现代派身上同样产生了深刻的影响。现代派既以反对中世纪传统为己任，便只好以更古老

① 恩格斯：《论早期基督教的历史》，见《马克思恩格斯全集》第22卷，第526页脚注。

的传统为思想武器。所以，伊斯兰教的宗教思想运动以及与之相联系的社会运动，往往“万变不离其宗”，并经常表现为“向后看”的运动，而它的基本模式则是重整道德、批判蜕变，净化信仰、复兴传统的神学思想运动。这几乎成为一种“周期性的”历史现象。

上述思想倾向在现代派身上表现得淋漓至尽。我们不妨以阿布杜为例，稍加分析。阿布杜所处的时代，正是埃及人民在封建主义的深重压迫之下，国家日益贫困，危机四伏的时代。伊斯兰国家何以衰落？阿布杜认为，根本原因有三。一是统治者以人为的法律代替了神圣法律，造成目无纲纪；二是宗教贤哲热衷于派别纠纷，忘记了教育人民的责任；三是苏非派宗教领袖以精神导师自居，把信众的心灵引入迷途。①总之，一切皆因脱离了伊斯兰教的“正道”所致，而唯一出路则是恢复“纯正”的伊斯兰教。

那末，什么是纯正的伊斯兰教呢？阿布杜作了这样的解释：“谁要想就某一宗教下判断，他在考察该教时，首先应清除来自习惯或别的宗教的沾染物，并应着重考察其教理，因为教理取决于时间上最接近创教时期人们的言行，即以素朴方式直接承袭宗教遗产的那些早期信仰者们的言行。”②不言而喻，阿布杜所欲恢复的是现实中早已不复存在的一种基本信仰，一种最原始、最素朴形式的宗教学说。一切不符合这种原型的教义、礼仪、习俗，都应摒弃。其复古主义倾向可见一斑。

---

① 拉希德·里达：《阿布杜传》，开罗，1908，第2卷第234—235页。

② 阿布杜：《论伊斯兰教与基督教》。转引自查尔斯·亚当《埃及伊斯兰教与现代主义》第135页。

当然，现代派之所以要请出古人之亡灵，并非真的要回到古代去，而是为了借用那些久受景仰的名字来影响舆论。他们美化早期伊斯兰教，意在为宗教改革树立一块“样板”。正是从这种思想原则出发，现代派把需要坚持的信仰称为“基本要道”，而把需要改革的内容称为“辅助部分”。然而，正是在这个基本原则上，现代改革派与被称为原教旨主义者的新传统派殊途同归了。所以，以阿布杜为首的埃及现代派，又以“尊祖派”（沙拉非亚）著称。

但是，复古毕竟是逆历史潮流而动，仅取其形式而完全不受其影响，是不可能的。实际上，就思想渊源而论，现代主义与传统主义不过是发端于同源的两个支流而已。

## （三）现代主义法学理论和方法

就法学理论而言，现代法学理论可以看作古典伊斯兰教法学理论体系内在矛盾的必然结果。如前所述，古典法学理论的局限性，一是排斥理性思辨和逻辑论证，一是公议不谬说的长期统治。历史上一些有唯理倾向的宗教思想家，如14世纪的著名教法学家伊本·太米叶（1263—1328），曾竭力主张恢复伊斯兰教的理性主义传统，要求尊重法学家个人自由判断的权利。但由于正统宗教思想的长期禁锢，历史上唯理派的呼声影响甚微，遭到正统派的残酷压制。而近代兴起的现代派，由于阶级和历史的局限性，他们既提倡改革，又无意与宗教传统彻底决裂。这种游移不定的态度决定了他们只能在传统伊斯兰教法的架构内部修修补补，以恢复沙里亚的活力。

现代法制改革的主要思想障碍来自因循守旧观念。为此，现代派通过著述活动，对中世纪以来的宗教传统给予了一定的批判。例如，针对盲目崇拜古人的厚古非今思想，阿布杜就曾明确指出，今人有条件记取古人的教训，因而比古人更聪明，更有知识。① 他还对因循守旧的传统派宗教学者们给予无情的嘲讽，呼吁让思想冲破盲目信仰的牢笼。阿赫默德汗对中世纪的教法学家们给予了更严厉的批判，指摘他们“以物配主，尊奉伪神；摒弃真经，编造伪典；蔑视真圣人，另立伪圣人。”②

总之，在现代派看来，伊斯兰教法并非完美无缺，不可以加以修改和补充的。下面让我们就现代法学理论作一简要的介绍。

### 1. 关于《古兰经》立法

一个穆斯林不论多么“开明”，都不可能直接否认《古兰经》的权威。既然经典的权威是不可动摇的，而经典里显然包含有某些不合时宜的内容，所以现代派宗教理论家们只好在经注上作文章，即对经典作灵活变通的解释。他们大多把宗教性的启示同社会立法性的启示加以区别，认为前者具有永恒的价值，而后者则应随着时间、地点、条件的变化而变化。划清这条原则界限，其现实意义就在于把社会立法自神启领域里分离出来，以利于现代法制改革。事实上，正是从这项新的经注学原则出发，现代改革派在纯洁信仰的口号

① 阿布杜：《论认主独一》法文本，第176—177页。

② 《伊斯兰现代主义的基本特征》，见《伊斯兰季刊》，卡拉奇，1970年第9卷第53—54页。

下，对一夫多妻制、蓄奴制、圣战观念、圣徒与圣墓崇拜等封建习俗给予了一定的批判，对经典里有关婚姻、家庭、遗嘱、继承、赠与、妇女的权益、民商交易、刑罚等方面的启示，作了许多新的解释。这些新解释突破了传统经注学的束缚，起到了解放思想的积极作用，从理论上推进了伊斯兰国家的社会法制改革。为了破除传统偏见，现代派还提出了一个著名的口号："直接回归古兰经里去"，要求独立解释经典的权利。

### 2.关于圣训立法

历史上产生的圣训运动，是导致伊斯兰教法的实体日趋僵化的重要原因之一。显然，改革伊斯兰教法需要改造传统的圣训学，把社会立法从遵循古训和历史传统转移到社会现实需要的基础上来。但是，这项艰巨的任务现代派理论家们无力完成，所以他们一般都对圣训采取怀疑或敬而远之的态度。例如，阿布杜只承认具有完整的传述线索（伊斯纳德）又不违反科学常识的少量圣训。他还主张以理性的观点来审查圣训词句。同样，阿赫默德汗也主张圣训应当服从理性的审判，并且只相信同来世生活和道德信念有关的少部分"圣言"、"圣行"。对圣训所采取的这种新的态度，既是现实社会立法的需要，也是伊斯兰国家对自己的历史文化传统的再认识。这一思想倾向表明，现代派宗教理论家们更多地是把穆罕默德作为一个历史人物来对待的。

### 3.关于类比判断

历史上类比判断（格亚斯）是古代的教法学家们为了统

一法律学说而采取的一种法律技术方法。自从类比判断被确认为正式法源以后，教法学家们个人的意见判断（拉尔伊）就被取消了。然而，现代派出于法制改革的需要，极其重视类比判断，甚至普遍把后期的类比判断等同于早期的“独立判断”（伊智提哈德）。这显然是为了恢复早期自由探讨法律的传统。实际上，独立判断已成为现代法制改革最重要的一种手段。原因很简单：独立判断可以冲破各种限制。借助独立判断，可以直接从经训或古代司法惯例中推导出新的原则或理论根据，可以对旧的判例或法律原文作全新的解释，甚至可以直接采纳外来法的某一原则或规定等等。由于这种灵活性和变通性，所以伊克巴尔称独立判断为“伊斯兰教的运动原理”。①又说，“运用独立判断（伊智提哈德）既是当前几代穆斯林的权利，也是他们的义务，因为只有这样，伊斯兰教自身才能成功地适应现代世界的需要。”②

#### 4.关于公议

历史上公议（伊制玛尔）是社会舆论确认立法的一种形式，但这一立法权自麦地那哈里发时期以后，从未掌握在国家手里。而中世纪以来形成的公议不谬说，则是教法学家们的创造和对自我权利的一种肯定。现代法制改革需要排除这一巨大的思想障碍。为此，现代派多采取实用主义态度。一方面，他们否认中世纪公议的拘束力，甚至断然否认公议不谬说之存在。另一方面，他们又利用公议的形式，动员社会舆

① 伊克巴尔：《伊斯兰宗教思想之重建》，第148页。

② 库尔森：《伊斯兰教法律史》中译本，中国社会科学出版社，1986，第168页。

论，以支持法制改革。他们普遍主张扩大公议参加者的范围。例如，阿布杜的学生、叙利亚宗教学者拉希德·里达曾提出，有资格解释法律的“主事人”，至少应包括统治者、行政长官、伊斯兰学者、律师、有名望的实业家、大商人等。伊克巴尔对公议作了全新的解释。他从资产阶级的共和制国家和议会制政体出发，将公议解释为立法会议，认为这是“公议在现代条件下唯一可取的形式”。① 这种经过推举或指定产生的、有各党派代表参加的现代立法机构，战后为许多伊斯兰国家所采纳，成为现代立法权威的决策机构。从此，传统派宗教学者们的权力被削弱，无法左右国家的立法。这是现代派对传统派的一个巨大的胜利。

下面让我们就现代法制改革经常采取的四种方法作一简要的说明，这些方法也都是现代派宗教理论家们设计的。

（1）程序限制

历史上沙里亚法院对大部分民事诉讼享有不容争议的审判权。在法制改革初期，由于不便对伊斯兰教法的实体加以修改，往往采取间接的方式，通过行政立法，对沙里亚法院的审判权规定严格的程序限制，以达到修改实体法的目的。而按照惯例，国家有权颁布行政法规。例如，为了限制童婚，埃及政府于1931年曾颁布《沙里亚法院组织和程序法》，规定沙里亚法院无权受理未成年者因私自结婚而引起的婚姻、家庭关系方面的纠纷，不得受理未履行结婚登记手续者提起的婚姻诉讼。

① 阿齐兹·阿赫默德：《印度和巴基斯坦的伊斯兰教现代主义》，第155页。

（2）选择方法

选择，指法律适用的选择。传统伊斯兰教法为属人法，法律的适用因法学派而异。为了统一法律的适用，在法制改革过程中经常采取这一实用主义的方法。

选择主要有两种情况。一种是在同一法学派内部，根据立法需要，选择不同的法律观点。例如，1897年汇编的《奥斯曼民法典》，不仅采纳了哈乃斐法学派的流行观点，而且收入了该派个别法学家的意见。另一种是不同法学派之间的选择。例如，土耳其于1917年通过的《奥斯曼家庭权利法》就广泛采取了这种方法。该法规定，妻子可因丈夫身患严重疾病而请求离婚，采用的是马立克教法学派的观点；禁止婚姻监护人代为理智不健全者缔结婚姻，采用的是沙斐仪教法学派的观点；而妻子有权按照丈夫婚前承诺的不纳二房妻子的义务提出离婚请求，采纳的则是罕百勒教法学派的主张。后来1951年约旦《家庭权利法》、1953年叙利亚《私人身分法》和1958年摩洛哥《私人身分法》，也都广泛采取了这种方法。

（3）拼凑方法

拼凑，实际上是一种特殊的选择。如果说选择是在同一部立法中采取不同的法学家或不同的教法学派的主张或原则，那末拼凑则是把两个毫无关联的原则或规定生拉硬扯地合并为一个新的原则或规定。例如，埃及1946年颁布的《瓦克夫条例》就采取了这种方法。按照马立克法学派的流行观点，献作瓦克夫的财产仅仅是用益权的转让，原所有人仍有所有权，而按照哈乃斐法学派的主张，所有权则转归受益人

所有。埃及立法据此提出了一条新规定：如果原所有人仍在世，则归原所有人；如果原所有人已死，则转归受益人所有。采取这种方法，同样是为了增强法律的活力，统一法律的适用。

（4）独立判断方法

以上几种方法的局限性在于，它们仅仅是在传统伊斯兰教法内部所作的调整，而超出这个限度之外，便爱莫能助了。弥补这一缺陷的一种更大胆的方法，即所谓“独立判断”原则。独立判断原则，即在理论上承认当代的法学家们有权像古代的法律大师们一样，根据经训或惯例，自由解释法律，作出新的规定。这种方法战后已被许多伊斯兰国家所采用。例如，为了限制一夫多妻习俗，叙利亚于1953年通过的《私人身分法》就通过“独立判断”原则，对《古兰经》“多妻”经文作了新的解释，并就一夫多妻规定了两项限制条件，即丈夫必须有能力赡养妻子和公正无私地对待所有妻子，而传统上则把有关经文解释为没有法律拘束力的“道德规劝”。而突尼斯和索马里的有关立法，则根据同样原则，作了更大胆的解释，并规定法律上禁止一夫多妻，实行一夫一妻制。可见，独立判断原则是突破传统限制，冲破理论禁区最重要的一种理论基础和法律技术方法。

# ○ 第十九章

## 原教旨主义与复归传统

本世纪70年代末，伴随着伊朗“伊斯兰革命”的胜利，穆斯林世界兴起了一股强烈的、带有广泛群众性的宗教、社会思潮与社会运动，称之为“伊斯兰复兴”。这股思潮因提倡复兴伊斯兰教初创时期的原始教义，亦称原教旨主义。其基本口号是“伊斯兰化”，包括国家政治体制“伊斯兰化”，要求以伊斯兰教教义为社会、群体、个人行为的最高准则。这个口号重申了一个久已淡忘的命题：宗教政治化，政治宗教化。这股宗教、社会思潮，现已对近代以来的伊斯兰教现代法制改革产生了广泛的逆反影响，故在结束本书时，尚需就其影响表明见解、作出估价。

### （一）原教旨主义的历史渊源

当代的伊斯兰原教旨主义，并非一种突然而起的宗教现象，其产生、发展、演变，经历了漫长的历史过程，有着深刻、复杂的历史根源与现实的社会、思想根源。近代以前的原教旨主义，带有更多的自发性、盲目性，缺乏系统的理论、严密的组织和明确的社会目标，经常表现为宗教历史文

化传统的复兴或回归。当代的原教旨主义，亦有自发性、盲目性的一面，但开始形成较系统的理论体系、明确的政治纲领、严谨的组织形式。这一阶段性的区别，应引起注意。

历史上原教旨主义系一种周而复始的宗教现象，是从宗教历史文化传统出发对现实的社会危机所作出的一种回应，伊斯兰教历史上几乎在各个时代皆出现过这类思潮，并伴之以相应的宗教复兴运动。这种周期性的宗教现象，系由社会的经济原因或社会危机所引起，它的兴起同伊斯兰历史文化传统的凝聚力及其内部的离心力的交互作用直接相关。通常每当社会的生产方式、生活方式、政治制度、伦理规范、传统习尚发生剧烈变化时，伊斯兰教内部就会引起新与旧两种思想的冲突，表现为教派冲突、教义、教法原则之争、“正宗”信仰与“异端邪说”之争、墨守传统与力主改革之争等等，外化为形形色色的宗教、社会思潮或宗教复兴运动。历史上伊斯兰教系一种居统治地位的思想体系，而其教义、教法、典制、习尚经世代相传，不断发展，成为一种以经、训为基础的不容更易的文化传统，因而在一般信众的观念中，遵循传统为天经地义，而违背传统则为大逆不道。然而，新的东西毕竟要代替旧的东西，这是不容抗拒的客观规律。在伊斯兰教中，这种新陈代谢主要是通过“托古改制”的方式实现的，即以复兴更古老、更纯正的原始教义之名，行修改不合时宜的旧传统、旧观念之实。由于所要修正的是长期居主导地位的宗教传统，而“托古改制”几乎从未触及社会经济基础，故而过了若干年以后，原来的“革新派”又成为旧传统的维护者，又出现了离经叛道的腐败现象，于是一切又从头开始，又出现新的“托古改制”。可见，原教旨主义从

其产生之时起就具有二重性：它既是伊斯兰文化传统的一部分，又主张修订传统；既有“革新”的一面，又有复古的一面。从历史上看，原教旨主义运动的永恒性主题是：净化信仰、消除腐败，正本清源、返朴归真。

当代的伊斯兰复兴运动，将自身认同于历史上一切力主改革与复兴的运动，但这仅仅是强调宗教传统的历史连续性的一种说法。从历史渊源上看，当代的原教旨主义的思想源泉，可推溯至9世纪以“经典派”著称的罕百勒教法学派及14世纪该派著名教法学家伊本·太米叶。他们的主要思想倾向是坚持伊斯兰教的一神信仰，反对世俗化和腐败现象，维护伊斯兰教的纯洁性。其实二者在观点上亦有明显的差异，当代原教旨主义者所珍重的，主要是他们都主张抬高教法学家的社会地位，都曾因坚持“正道”而受到封建统治者的迫害。其中伊本·太米叶尤为当代原教旨主义者所推崇，因为他在著述中曾提出教法学家有“创制”的权利和自由，否认流行广泛的因袭传统观念（塔格里德）和“创制之门关闭”之说。另一更重要的历史渊源是早年麦地那“正统”哈里发时期的社会实践和历史经验。这一时期之所以备受当代原教旨主义者的重视，原因有二。一是四大哈里发为先知穆罕默德的同代人和“直传圣门弟子”，他们的言行对后世穆斯林有广泛的影响；二是他们当政时期，国家刚刚诞生，人际关系较为平等，以他们为楷模，足以反衬当今不合理的社会现实。

原教旨主义近代的思想渊源主要有二。一是18世纪兴起于阿拉伯半岛的瓦哈比教派运动。运动的领导者阿布杜勒·瓦哈布（1703—1792），自称“唯一神论者”，曾提出“回

归古兰经”的著名口号，主张按表义重新解释经、训，严厉批判苏非教团的圣徒崇拜、圣墓崇拜，号召以“圣战”来复兴纯正的伊斯兰教义，其某些主张与伊本·太米叶一脉相承。另一思想渊源是本世纪初兴起的穆斯林兄弟会，标志着当代原教旨主义运动的起始点。始建于1928年、由哈桑·巴纳（1906—1949）领导的埃及穆斯林兄弟会组织，曾产生广泛的影响。其后在叙利亚、约旦、黎巴嫩、巴勒斯坦、利比亚、阿尔及利亚、突尼斯、摩洛哥、苏丹、土耳其、巴基斯坦等地，均建有兄弟会组织。兄弟会曾以各种方式强烈反对凌辱弱小民族的帝国主义和殖民主义，争取民族独立；猛烈抨击西方资本主义的政治制度、意识形态和生活方式；抵制民族主义的理论和实践，反对政教分离主义，要求全面恢复伊斯兰法治，建立一个以“安拉之法”为基础的理想的“正义之国”；号召全世界穆斯林团结起来，捍卫伊斯兰精神，抵制一切外来的非伊斯兰意识形态。

二次世界大战后，亚非一批伊斯兰国家取得独立，伊斯兰原教旨主义亦取得合法地位。但它同各国的民族主义者在政治体制、发展道路等根本问题上存有分歧，双方间的斗争时高时低，从未止熄。60年代后，穆斯林兄弟会大多被取缔，转入地下活动。

## （二）近十年来原教旨主义的勃兴

本世纪70年代后期，原教旨主义再度活跃，各国的原教旨主义政党和组织，积极介入国家政治、经济、思想文化各个领域，要求实现“伊斯兰的统治”，建立名副其实的伊斯

兰国家、伊斯兰社会、伊斯兰秩序，成为伊斯兰复兴运动的鼓吹者、组织者和领导者。

缘何会出现这种现象？其原因不在于宗教本身，而在于社会潮流的变化。看来主导性的因素主要有二。一是国际因素。在1967年爆发的第三次中东战争中，以埃及为首的阿拉伯国家蒙受了失地辱国的惨败，这对以纳赛尔为代表的阿拉伯民族主义、阿拉伯社会主义是一次致命的打击。痛定思痛。阿拉伯各国人民在失败后的反思中，宗教感情受到巨大伤害，民族自尊心、自信心受到打击，引起广泛的“信仰危机”，人们对阿拉伯民族主义、阿拉伯社会主义等非宗教思潮产生怀疑和动摇。之后在埃及出现的“非纳赛尔化”运动，其影响不限于埃及，标志着社会潮流的改变。人们注意到，正是在此期间，各国的原教旨主义者开始活跃，稍后又出现了“不要东方，不要西方，只要伊斯兰”的口号。二是国内因素。战后包括伊朗在内的大部分伊斯兰国家，在发展民族经济、致力于现代化建设过程中都陷入了困境：经济增长缓慢，通货膨胀加剧，失业率上升，社会分配不均、两极分化，政治腐败等已成为司空见惯的现象。这些现象加剧了内部矛盾，引起社会各阶层的不满，从而大大削弱了国家应付危机的能力。在这危机四伏的形势下，长期受压抑的宗教力量再度崛起，成为各国政府主要的政治反对派。广大穆斯林民众以宗教的语言和情感，表达了对现实社会问题的关注，要求以伊斯兰教的传统方式来治理国家、改造社会、开创未来，解决面临的各种实际问题。他们尤为关心发展道路问题，有些人则认为，无论是东方的社会主义还是西方的资本主义，皆无法从“外部”来解决他们的问题，而摆脱逆境的

唯一可行的“正道”，还得从穆斯林自身的历史文化传统中去寻求。这种不妨“试一试”的投石问路，关系到重新选择发展道路问题，事关重大，影响深远，应予高度重视。

当今的原教旨主义者，以伊斯兰教的政治性、行动性、斗争性谱写了有别于“官方”伊斯兰教的“大众”伊斯兰教新篇章。其显著特征是：（1）实践性。强调伊斯兰教是一种涵盖一切的体系，它既是一种意识形态，又是一种政治制度；既是一种文化方式，又是一种社会组织形式。总之，它不是一般意义的宗教信仰，而是一种源远流长的文化传统，一种富于实践性的“启示宗教”、“法律宗教”。故必须以这种实践精神来反对一切非伊斯兰的实践。（2）国际性。主张以泛伊斯兰教的共性来打破国与国的界限，公开提倡“输出革命”，其思想现已流行于世界各地，尤以阿拉伯世界为甚。原教旨主义反对帝国主义、霸权主义、以色列扩张主义，亦反对本国和他国的世俗政权；其宣传鼓动具有强烈的感情色彩，有时亦诉诸恐怖、暗杀手段。由此引起区域性政治动荡，波及全局性国际关系，引起广泛的关注。（3）复杂性。原教旨主义的社会基础主要是中下层民众，包括小企业主、中小商人、手工业者、城市贫民、青年学生和知识分子等。社会各个阶级、集团皆受其影响，各种不同立场、观点和动机的人群皆卷入其中，内部极为复杂。因而，它并非一个统一的运动，并未有统一的指导思想，而表现为多中心，各行其是；其内部派系林立，仅阿拉伯国家就有500余个织织，较大的组织也有91个，既有传统派，又有温和派和极端派。目前温和派为主流派。

伊斯兰原教旨主义运动之所以产生如此广泛的影响，除

因伊朗爆发了震惊世界的“伊斯兰革命”外，同众所公认的宗教领袖的宣传、鼓动有直接的关系。一般穆斯林民众所关心的主要是自己的处境和切身利益，他们提不出系统的理论或社会纲领，而宗教领袖则是运动的组织者和领导者，其影响不容忽视。目前公认的主要理论家有赛义德·库特布（已故埃及穆斯林兄弟会领导人之一）、伊朗十叶派宗教领袖、伊朗最高领袖霍梅尼（已故）和大毛拉毛杜迪（已故巴基斯坦伊斯兰促进会主席）等。他们提出的基本理论观点包括：

（1）伊斯兰教不仅是一种宗教信仰和礼仪制度，而且是一种道德和社会运动，其根本目标是创建一种以宗教教义为基础的“伊斯兰秩序”。为此，需要实行广泛的宗教与社会改革，使伊斯兰信仰成为个人行为、群体行为和社会伦理的基础，成为国家政治生活、经济生活、文化生活和创建一种公正、合理的社会制度的根本准则和依据。

（2）伊斯兰教本质上是一种宗教思想体系，一种意识形态运动，它不受肤色、语言、种族、民族、地域或国度的限制，对它的任何人为的限制，皆有悖于伊斯兰的本来精神。伊斯兰教作为一种普世性宗教，相信“天下穆斯林皆为兄弟”，号召全世界穆斯林联合起来，共同实现自己的目标。

（3）以《古兰经》和“圣训”为基础的神圣沙里亚（即伊斯兰教法）为“安拉之法度”，采取公议和“独立判断”的方法、原则，加以灵活的解释和运用，它完全能够适应当今的时代。因此，一个名副其实的伊斯兰国家必须以神圣沙里亚为基础，实行伊斯兰法治。

（4）伊斯兰教是一种高度发达的物质文明和精神文明

的体现，也是一种独特的历史文化传统。伊斯兰教鼓励现代文明建设，但亦珍视其固有的传统价值、准则。现代化绝不意味着国家与社会的西方化、世俗化。伊斯兰教绝不排斥、拒绝现代化，但它认为，只能在伊斯兰文明基础上实现国家体制和社会经济的现代化。

## （三）原教旨主义与教法传统的复归

伊斯兰原教旨主义作为一种复古主义思潮，其思想传统是同现代主义开创的法制改革新潮流相对立的，它所提倡的“改革”与“复兴”，正是为了改变近代以来伊斯兰国家在民族主义和伊斯兰现代主义影响下所采取的宗教与社会改革。其法学思想倾向主要体现在法源理论和“公法”学说两方面，下面分别予以简略的评述。

首先，我们来分析原教旨主义法源理论。从表面上看，原教旨主义同现代主义在法源理论上似无根本分歧，二者都以经、训、类比、公议为伊斯兰教法的四大法源，都主张恢复教法在现代社会下的活力。然而，进一步考察即可看出，二者在对待伊斯兰历史文化传统的态度上是全然不同的，由此形成了两种相反的法学思想传统。

现代主义的理论基础是以实用主义为特征的一种护教论。它在极力维护伊斯兰历史文化传统的同时，对传统加以灵活的解释，使其与时代和社会发展新潮流相协调、相适应。因而，其法源理论较灵活变通、注重实际，对外来西方文化和法律制度采取开放态度，加以融合、吸收，认为只要恢复伊斯兰教所固有的理性主义传统，伊斯兰教法就能恢复

其活力，适应时代与社会新潮流。而原教旨主义的理论基础则是以教条主义为特色的一种复古主义，它所珍重的是一种超越历史意识和时代精神的绝对宗教价值，坚信伊斯兰教是一种完美无缺的、自足的文化体系，它不需要任何来自外部的补充和发展，而只需要激发其内在的精神和潜力。因而，其法源理论是内向的、封闭的体系，以复归古代传统为目的，似乎只要复兴早年纯正的宗教教义，伊斯兰教法就能永葆其青春活力。

然而，原教旨主义并非全然没有历史意识和时代精神，它亦强烈地意识到历史与时代的发展、变化，实际上它自身也正是这种发展、变化的产物。所不同的是，它总是“向后”看，总是从现实的价值需要和判断出发，对自身的历史作选择性的随意解释，似乎现实中的一切问题皆因“历史的过错”所引起，皆因神圣沙里亚的精神遭到漠视和践踏所致。因而，只要恢复神圣律法的地位，一切问题皆迎刃而解。

正是出自这种复古主义信念，当代的原教旨主义者们一再不厌其烦地重申伊斯兰教法的神圣性、完美性，并对其法源理论加以新的解释。其矛盾的历史文化心态在于，一方面他们宣称以经、训为主要法源的伊斯兰教法为一种无所不包的、自足的体系，另一方面他们亦敏锐地察觉到，经、训作为一种历史文化传统，毕竟有局限性，故需要加以扩展和补充。但与现代派不同的是，原教旨主义派对经、训律例的扩展和补充，仅以伊斯兰教初创时期的原始教义为基础，不准越雷池一步，拒绝吸取中世纪伊斯兰教和近现代外来的法律渊源和思想传统。其仅有的一点灵活性表现在两方面。一

是把公议解释为伊斯兰教所固有的“协商制”原则，似乎早在7世纪伊斯兰教初创之际，就有了现代民主制度，而其当代的体现即伊斯兰国家的“制宪议会”或“立法议会”。一是把类比解释为“创制”或“独立判断”原则，似乎只要坚持这种古已有之的“机制”，伊斯兰教法即可变为一种富于平衡的开放体系。然而，事实却并非如此。道理很简单。原教旨主义法源体系中，仍以“不谬”的经、训律例为基本法源，而“创制”或“独立判断”并非理性自由的恢复，因为只能以经、训的原则、精神加以“创制”或“判断”，而公议仅仅是法律权威的一种依据。法律是社会的产物，法律欲恢复活力，则必须以社会的现实需要为出发点、参照系，而原教旨主义法源理论仍立足于不可违抗的神意，以经、训律例为参照系，这种重神权、轻人权，扬宗教道德、抑司法实践的思想倾向，势必使法源理论成为一个内向、封闭的体系，束缚着法律实体的发展。一个明显的事实是：经、训中从未含涉的许多现代社会下所特有的问题，何以保障有法可依、有典可循？在日新月异的科学与理性的新时代面前，传统法源理论必然显得苍白无力、一筹莫展。

其次，我们来讨论原教旨主义实体法学说。当代原教旨主义显著特征之一是，不再具体强调恢复某一领域里的教法实体，而坚持全面恢复伊斯兰法治，重建一个“名副其实”的伊斯兰神权政体。这表明，原教旨主义派别、组织尤为重视伊斯兰教“公法”学说，企望以政治复古主义来代替近代以来广泛流行于大部分伊斯兰世界的现代民族国家的理论和实践，以反对、抵制国家与社会的世俗化、西方化和政教分离主义为目标。这一根本性的问题，可以从历史、理论、现

状三方面加以考察。

第一，原教旨主义“公法”理论学说系对伊斯兰教史所作的一种实用主义的价值判断和选择。伊斯兰教初创时期，一度实行过一种比较民主、平等、公正的政治制度，后世学者称之为“正统哈里发制度”（632—661）。这是一种政教合一的国家体制，以此为基础后来形成伊斯兰教“公法”理论学说，其主要原则是：（1）伊斯兰教确认的唯一合法的国家体制即政教合一的哈里发制度，国家的绝对主权仅属于安拉；（2）哈里发国家系由奉教的穆斯林民众联合而成的一种社会共同体（乌玛），尊重民意、为民作主、维护民众的物质福利为国家的基本宗旨；（3）国家首脑哈里发通过民主推举产生，为绝对主权者安拉（或其使者）的代理人，唯有德高望重、主持正义的虔诚的穆斯林有资格当选，其使命是弘扬伊斯兰教、保卫国家的安全和民众的合法权益。但正统哈里发制只实行了30年即因阶级国家的形成而化为泡影，留存下来的只是一种不可企及的政治理想。倭马亚王朝（661—750）以后的哈里发国家徒有虚名，实为伊斯兰封建政权。然而，这一历史上一度实行过的政治制度，由于有经、训、教法为据，加之阿拉伯历史上不曾有过国家体制的先例，因而作为一种理想的政治制度的原型，产生了极为广泛的影响。阿巴斯王朝（750—1258）以后的伊斯兰学者皆以此为据不断著书立说，加以改头换面的诠释，使其成为一种比较系统的政治理论学说，一直延续至近代。它的最后一个“版本”产生于19世纪下半叶，即当奥斯曼帝国行将就木时，奥斯曼苏丹一度大肆鼓吹一种泛伊斯兰主义与哈里发制度，企图以一种超国度、超民族的泛伊斯兰政治实体来抵制

西方列强的进攻势头，挽救奥斯曼帝国的危亡。但古代哈里发制度未能挽救奥斯曼帝国的覆灭，泛伊斯兰主义亦遭到各国人民的唾弃。当代的原教旨主义者们所极力鼓吹重建的“名副其实”的伊斯兰国家，实际上不过是古代哈里发制的变种。这一政治要求始自本世纪20年代，即当土耳其大国民会议作出决议，宣布废除哈里发制度后，各国的一批泛伊斯兰主义者出于对政教分离主义的厌恶、对传统政治体制的留恋，鼓吹用一种最接近哈里发制原型的政治体制即伊斯兰国家或伊斯兰政府来代替传统政治体制。他们企图使人相信，理想中的伊斯兰国家系神圣的沙里亚所规定，为伊斯兰文化传统在当代的继续和体现。然而，事实却并非如此。历史上由著名法家学们创制的伊斯兰教法，事无巨细，小自日常生活中的各种行为，大至战争与和平问题，皆有明确、详尽的规定，却唯独未涉及国家政治体制这一严肃的主题，浩如烟海的教法著作中也历来不含这类内容。何以解释这一“反常”现象？这至少可以说明，历史上就在哈里发学说形成以后不久，它就已被当时的社会现实所抛弃，甚至未被纳入逊尼派宗教教义之中，而仅仅作为一种复古主义政治理想，为少数伊斯兰学者们所津津乐道。若说它是伊斯兰“内在精神”之体现，那末这种精神所赖依存在的物质条件早已发生了变化，早已不复存在。若说它是伊斯兰文化传统的一部分，则只能说它是一种阔别已久、人们已有陌生之感的、被中断了的传统，并非一种连绵不断的、实际的宗教传统。

第二，原教旨主义公法理论学说系以艾什尔里新正统教义为基础，其突出特征是抬高神启、贬低理性。艾什尔里教义是在批判穆尔太齐赖唯理派“意志自由”论基础上产生的

一种新正统学说，逐渐取得统治地位。艾什尔里认为，宇宙万物皆为安拉所创造，皆为安拉所预先安排，事物之间并没有因果联系，自然界、社会、人生的一切皆取决于安拉的意志。在他看来，安拉之所以命人行善，并非因为客物自身性善，之所以止人作恶，并非因为客物自身性恶，善恶、是非、真伪、美丑皆取于安拉的意志，这正是其神学、哲学的基本命题。

当代的原教旨主义者们之所以信奉艾什尔里教义，是不难理解的。一方面是因为近代以来随着伊斯兰教界对苏非神秘主义的批判，正统经院哲学的奠基人安萨里(1059—1111)的威望江河日下，因而不能仅以直觉和神秘体验作为认主学的基础；另一方面则是因为，自诩为新正统派的原教旨主义派别不仅需要同现代派划清界限，而且需要同正统派保持距离，而以折衷、调和为特色的艾什尔里教义恰好二者兼具。其教义学说的根本特征在于，它不是赤裸裸地排斥理性，而是让理性服从神启，认为人的理性仅能作为认知安拉实在的工具，其本身未必使人获得知识。这种思想在原教旨主义者们的言论、著作中表现得淋漓尽至，他们以作为安拉意志之体现的神圣沙里亚为理想中的神权政体的基础，宣称一切主权仅属于安拉，一切未经沙里亚确认的国家体制皆为非法，一切人定律法皆须由“安拉之法度”代替等等。说来说去总离不开神圣的沙里亚，而沙里亚的神圣地位无非是一种宗教信念，无非是古代教法学家们提出的一种学说而已。由于其政治学说并非建立在科学论证的基础之上，其神学支柱一旦倾斜，其学说也就不攻自破了。事实也正是这样。当今因各种原因卷入伊斯兰复兴运动者人数众多，而真正赞同原教

旨主义政治理论者为数很少。

第三，原教旨主义公法理论学说带有明显违反现实的性质。一种现实的政治学说必须以科学理论为基础，而一种非科学的政治学说也必然是不现实的。原教旨主义国家学说是以共同的宗教信仰为立国的理论基础，以早期纯洁的伊斯兰教教义为国家的最高指导原则，以奉教的穆斯林大众为社会基础。这种政治学说之所以是反现实性质的，不仅是因为其理论基础是一种复古主义的宗教教条，更重要的还在于，它无视当今伊斯兰世界的现实状况，企图逆历史潮流而动。

按照原教旨主义国家观，一个“名副其实”的伊斯兰国家必须具备三个基本条件：（1）以神圣的沙里亚为国家的根本大法，全面实行伊斯兰法治，以伊斯兰教教义为个人、群体、社会行为的唯一规范、准则；（2）国家实行宪政制度，由熟谙经、训教法、代表民意的教法学家组成法制监护会议，监护神圣律法的实施，并通过广泛的政治协商制度，推举一位德高望重、廉洁奉公的国家元首；（3）由奉教的穆斯林大众组成共同体，作为社会的中坚和主体，非伊斯兰教居民受国家保护，但他们无权同穆斯林居民享有同等的政治权利。上述三项基本条件反映了教权主义的政治要求，但它们在现代条件下是根本行不通的。

第一，支离破碎的伊斯兰教法经过现代法制改革，仅保留了婚姻家庭法和遗产继承法两个门类，其余领域均已被各国的现代世俗法所代替，而原教旨主义者们推崇备至的“公法”，从未形成一致公认的基础架构和理论体系，这种状况决定了原教旨主义者们所鼓吹的全面实行伊斯兰法治，没有现实的法制为保障，只能是一种主观愿望而已。而没有伊斯兰

法治，所谓“名副其实”的伊斯兰政体也只能是一句空话。

第二，原教旨主义者们企图通过伊斯兰教政治协商制度来推举一位代表民意的国家元首，通过由权威教法学家们组成的法制监护会议来维护教法的尊严，似乎这种机制既有民主又有集中，可以借此来限制独裁专制。实际上这种办法也同样是行不通的。目前各伊斯兰国家内部早已形成互相对立的阶级、集团、派别、组织，它们在许多重大问题上互不一致、纷争不已，彼此之间可能达成利害关系的暂时妥协，但难以建立一种公正的政治协商制度。尤其困难的是，尽管各国都重视伊斯兰文化传统，但对传统解释各异，很难设想社会各阶层都拥护教士参政，由一批因循守旧的宗教法学家来决定国家的前途和命运。即使在“伊斯兰革命”后的伊朗，其政体亦非“名副其实”的政教合一，国家大事亦非仅由少数高级毛拉来决定。

第三，在现代条件下很难以共同的宗教信仰作为国家的基础。原教旨主义国家观是一种族教混同的泛伊斯兰主义的国家观，企图以此来代替现代民族国家的理论和实践。诚然，宗教信仰同民族特性有一定的关联，但毕竟不是一回事。以阿拉伯国家为例。历史上有共同信仰的阿拉伯种族曾经联合为统一的伊斯兰帝国，但近代以后同属于阿拉伯种族的各国人民却分属于不同的阿拉伯民族国家。这件历史事实说明，随着现代民族国家的兴起，仅以共同的宗教信仰为立国的根基，在实践中是行不通的，因为国家作为一种社会共同体需要凝聚力，而这种凝聚力源自多种共同性因素，包括共同语言、共同地域、共同经济生活以及表现于共同文化上的共同心理素质等等。而以宗教信仰为据将奉教的穆斯林民众视为

社会的主体，将信奉其他宗教的公民视为二等公民，这更是一种迂腐之见，不利于各民族的团结和国家的长治久安，因而也是不现实的。

# 附录一

## 伊斯兰教法大事年表

| 公元 | 纪事 |
| --- | --- |
| 570 | 伊斯兰教创始人、先知穆罕默德诞生。 |
| 610 | 穆罕默德开始在麦加传道、布教。 |
| 622 | 穆罕默德率早期信徒迁居麦地那。伊斯兰教历（希吉勒历）元年。 |
| 622～632 | 麦地那穆斯林神权政体（乌玛）建立。穆罕默德颁布早期社会立法。 |
| 632～661 | 四代哈里发时期。哈里发们解释、运用《古兰经》律例，创制行政法规，留下一些著名的判例。 |
| 661～750 | 倭马亚王朝时期。 |
| 720～750 | 在当时的民俗习惯和行政惯例基础上开始形成伊斯兰教法的实体，建立由卡迪主持的沙里亚法院。在库法、巴士拉、麦地那、麦加、大马士革、巴格达等地开始形成以地域为中心的早期诸教法学派。 |
| 750～1258 | 阿巴斯哈里发国家时期。前半期（945年前）早期诸教法学派继续发展，形成逊尼派四大教法学派和古典法学理论。 |
| 767 | 哈乃斐教法学派创始人艾卜·哈尼法卒。 |
| 770 | 在早期诸教法学派内部形成与意见派对立的圣训派，引起法源理论之争。 |

770～800　马立克的《穆瓦塔圣训集》（《圣训易读》）成书。

795　马立克教法学派创始人马立克·本·阿奈斯卒。

799　哈乃斐派教法学家艾卜·优素福卒。

805　哈乃斐派教法学家穆罕默德·沙巴尼卒。哈乃斐学派正式形成。马立克派教法学家伊本·卡希姆卒。马立克学派正式形成。

815～820　沙斐仪的《法源论纲》（《里沙拉》）成书。

820　伊斯兰教法学理论奠基人、沙斐仪教法学派创始人穆罕默德·伊本·伊德里斯·沙斐仪卒。

820～920　随着大量圣训传说的汇集，产生了圣训学和圣训考据学。

855　罕百勒教法学派创始人伊本·罕百勒卒。罕百勒学派正式形成。

870　著名圣训学家布哈里卒。

878　沙斐仪派教法学家穆札尼卒。沙斐仪学派正式形成。

883　札希尔教法学派（表义学派）创始人达伍德·伊本·卡拉夫卒。

923　塔伯里教法学派创始人塔伯里卒。

935　伊斯兰教经院哲学奠基人艾什尔里卒。

939　十叶派著名圣训学家叶库布·库拉尼卒。

991　十叶派著名圣训学家伊本·巴布亚卒。

1000～1258　古典伊斯兰教法时期结束。逊尼派教法学家中形成公议不谬说、创制之门关闭说和遵循传统之说。

1022　十叶派著名圣训学家伊本·图西卒。

1055　十叶派四圣书最后成书。

1064　札希尔派教法学家伊本·哈兹姆卒。

1111　伊斯兰教著名教义学家、哲学家、苏菲主义集大成者安萨里卒。

1326　罕百勒派著名教法学家伊本·太米叶卒。

1502　伊朗沙法维王朝立十叶派（十二伊玛目派）教义为国教。

1623　十叶派阿赫巴尔教法学派（圣训派）创始人阿明·阿斯特拉巴迪卒。

1685～1707　印度莫卧儿皇帝奥朗则布下令编纂教法文献《阿拉姆吉里法特瓦汇编》。

1726　英国东印度公司在印度的马德拉斯、孟买、加尔各答三个英管区设立实施英国皇家法律的“市长法院”。

1765　英国东印度公司自莫卧儿皇帝手里取得对孟加拉、比哈尔、奥里沙三邦的司法权。

1787　瓦哈比运动领导人阿布杜勒·瓦哈布卒。

1790　英国东印度公司接管印度的刑事审判权，设立上诉法院，限制伊斯兰教法官的审判权。颁布经英国总督会议修订的伊斯兰教法，名为盎格鲁伊斯兰教法。

1792　十叶派乌苏勒教法学派创始人瓦希德·比赫比哈尼卒。

1839～1876　奥斯曼帝国实行广泛的立法、司法、行政和国家体制改革，称为“坦志麦特”。

1850　奥斯曼帝国颁布以法国法律为基础的《商法典》，首次废止伊斯兰教法关于放债取利的传统禁令。英属印度颁布《非种姓资格撤销法令》。

1858　奥斯曼帝国颁布以法国法律为基础的《刑法典》，废除了除对叛教者处以死刑外的全部伊斯兰教“固定刑罚”（胡杜德）。

1860　英国殖民当局在印度颁布一部《刑法典》。相继颁布《刑事诉讼法典》、《证据法》、《契约法》、《印度成人资格法》、《财产转让法》和《继承法》。

1861　奥斯曼帝国颁布以法国法律为基础的《商业程序法

法典》。

1863　奥斯曼帝国颁布以法国法律为基础的《海洋商业法典》。

1869～1876　奥斯曼帝国颁布以哈乃斐派教法为基础的《奥斯曼民法典》（《麦加拉》），成立世俗法院，称为“尼札米亚”。

1875　埃及颁布以法国法律为基础的《刑法典》、《商法典》、《海商法典》和适用于混合法院的《民法典》，并建立了世俗法院制度。

1879　奥斯曼帝国颁布《海商程序法典》。

1880　奥斯曼帝国颁布《民事程序法典》。

1883　埃及颁布适用于国民法院的《民法典》。

1897　埃及颁布《沙里亚法院组织和程序法》，对沙里亚法院审判权加以限制。

1898　印度伊斯兰教现代主义运动理论家和领导人赛义德·阿赫默德汗卒。

1899　苏丹颁布现代《刑法典》。

1905　埃及伊斯兰教现代主义运动（沙拉非亚运动）理论家和领导人穆罕默德·阿布杜卒。

1906　突尼斯颁布《债务和契约法》。

1913　英属印度颁布《穆斯林瓦克夫有效法令》，重申瓦克夫制度的有效性。

1915　苏丹颁布《伊斯兰法院组织和程序法》，对伊斯兰法院的权限加以限制。奥斯曼苏丹颁布二项敕令，首次容许受虐待的妻子依法终止不公正的婚姻。

1917　奥斯曼帝国颁布《奥斯曼家庭权利法》，就婚姻、家庭关系作了系统的规定。除适用于土耳其本土外，还适用于约旦、叙利亚和黎巴嫩的逊尼派穆斯林。

1920　埃及颁布关于婚姻、家庭关系的第25号法令。

1924 土耳其大国民议会通过决议，废除哈里发制度，撤销沙里亚法院，废止伊斯兰教法。宣布国家采取政教分离原则。

1926 土耳其以瑞士法律为基础制订《民法典》、《债务法典》，并采纳一部以意大利法律为基础的《刑法典》。各国的泛伊斯兰主义者分别于麦加和开罗举行大会，讨论恢复哈里发问题，未获结果。

1928～1930 沙特阿拉伯颁布以罕百勒派教法为依据的《伊斯兰法规》。

1929 英属印度颁布《童婚限制条例》。

1931 埃及颁布《沙里亚法院程序法》。沙特阿拉伯颁布《商业法规》，并在吉达等地设立商务法院。

1932 黎巴嫩颁布以法国法律为基础的《债务和契约法》。

1937 埃及颁布以意大利法律为基础的《刑事法》。英属印度颁布《沙里亚法令》，重申伊斯兰教法为印度穆斯林的基本法。伊朗颁布伊斯兰教法与法国法律制度相结合的《伊朗民法典》。

1939 英属印度颁布《穆斯林离婚条例》。

1943 埃及颁布《继承法》。

1946 埃及颁布《瓦克夫条例》和《遗嘱处分法》。英属桑给巴尔颁布《瓦克夫有效法令》。

1947 黎巴嫩参照埃及《瓦克夫条例》，制定和通过《家庭瓦克夫法》。

1948 埃及制定和通过新《民法典》。

1949 叙利亚颁布《民法典》。

1951 伊拉克颁布《民法典》。约旦颁布《家庭权利法》，以代替1917年奥斯曼《家庭权利法》。肯尼亚颁布《瓦克夫专员法令》，将慈善瓦克夫与家庭瓦克夫予以区别。

1953 伊拉克颁布新《民法典》。叙利亚通过《私人身分法》，首次将婚姻家庭与遗产继承法规合并为一部法律。利比亚颁布《民法典》、《商法典》、《刑法典》和《刑事诉讼程序法典》。

1956 突尼斯颁布《私人身分法》。埃及宣布撤销沙里亚法院，伊斯兰教法不再是国家承认的基本法。

1958 摩洛哥颁布《私人身分法》。

1959 伊拉克颁布《私人身分法》。突尼斯修订1956年《私人身分法》。

1960 摩洛哥颁布《商法典》。突尼斯颁布《民商程序法典》。印度颁布一部以英国普通法为基础的《刑法典》。

1961 巴基斯坦颁布《穆斯林家庭法法令》。

1962 突尼斯通过《海商法典》。

1963 伊拉克修订1959年《私人身分法》。

1967 伊朗颁布《家庭保护法》。

1968 新加坡颁布《穆斯林法实施法令》。

1969 利比亚推翻君主制，建立共和国，废除1951年旧宪法，制定一部新宪法，宣布伊斯兰教为国教。

1971 利比亚颁布《天课法》，规定完纳天课为每一个理智健全的公民必须履行的义务，责成财政部和司法部实施。

1972 利比亚颁布第74号法令，禁止自然人之间民商交易中支付、收取利息。同年还颁布第148号法令，重申伊斯兰教刑法的效力，宣布对偷窃者处以断手刑。

1973 利比亚颁布《非慈善性瓦克夫废除法令》，废止家庭瓦克夫。同年还颁布第70号法令，宣布对通奸罪者处以鞭刑或监禁。

1974 南也门通过《家庭权利法》。

1975 伊朗通过新《家庭保护法》。索马里通过《家庭法》。

1979　伊朗发生伊斯兰革命，推翻巴列维政权，通过《伊斯兰共和国宪法》。巴基斯坦前总统齐亚·哈克发布命令，重申伊斯兰教刑法的效力，并决定在银行和商业交易中逐步取消利息，实现商行伊斯兰化。

# 附 录 2　　哈乃斐法学派继承法一览表

| 继承人 | 份额 | | 完全被下列继承人排除 | 受下列情况影响 | 产生的结果 |
|---|---|---|---|---|---|
| | 一人 | 多人 | | | |
| 丈　夫 | 1／4 | | 无 | 未遗有子女或孙子女时 | 份额增至1/2 |
| 妻　子 | 1/8 | 1/8 | 无 | 未遗有子女或孙子女时 | 份额增至1/4 |
| 父　亲 | 1/6 | | 无 | 未遗有子女或孙子女时 | 转为父系继承人 |
| 祖　父 | 1/6 | | 父亲，更亲近的祖父 | 未遗有子女或孙子女时 | 转为父系继承人 |
| 母　亲 | 1/6 | | 无 | ① 未遗有子女或孙子女<br>② 仅有一兄弟或一姊妹<br>③ 遗有丈夫或妻子加父亲 | ①②情况下份额增至１／３；<br>③情况下份额增至扣除丈夫或妻子份额后余产的１／３ |
| 祖　母 | 1/6 | 1/6 | 母亲，更亲近的外祖母、祖母或祖父； | 无 | |
| 外祖母 | 1/6 | 1/6 | 母亲，更亲近的外祖母或祖母 | 无 | |
| 女　儿 | 1/2 | 2/3 | 无 | 遗有儿子时 | 转为父系继承人 |

续表

| 继承人 | 份额 | | 完全被下列继承人排除 | 受下列情况影响 | 产生的结果 |
|---|---|---|---|---|---|
| | 一人 | 多人 | | | |
| 孙女 | 1/2 | 2/3 | 儿子，两个以上女儿，孙子或两个以上更亲近的孙女 | ① 仅遗有一女<br>② 仅遗有一个更亲近的孙女<br>③ 遗有同一级弟的孙子 | ①②情况下份额削减至1/6<br>③情况下仅有权继承余产 |
| 同胞姊妹 | 1/2 | 2/3 | 儿子，孙子，父亲，祖父 | 遗有同胞兄弟 | 转为父系继承人 |
| 异母姊妹 | 1/2 | 2/3 | 儿子，孙子，父亲，祖父，同胞兄弟，两个以上同胞姊妹 | ① 仅遗有一个同胞姊妹<br>② 遗有异母兄弟 | ①情况下份额削减至1/6<br>②情况下转为父系继承人 |
| 异父兄弟 | 1/6 | 1/3 | 子女，孙子女，父亲，祖父 | 无 | |
| 异父姊妹 | 1/6 | 1/3 | 子女，孙子女，父亲，祖父 | 无 | |

# 附 录 3

## 伊斯兰教法内容提要

### 书之一：关于净身的礼仪规定

1.可作沐浴用的水

2.法律上许可的沐浴用具；可净化物和不可净化物。

3.牙签的使用

4.礼拜前沐浴净身的不同阶段

5.关于便后的清洗及其礼仪要求（小净）

6.需要小净的五件事

7.需要大净的六件事及其礼仪要求

8.需要大净的十七种场合

9.在什么情况下允许用洗刷鞋里来代替洗脚

10.以土净代替水净的条件和礼仪要求

11.关于不洁和如何清除

12.关于妇女停经、怀孕期及有关规定

### 书之二：礼拜

1.礼拜次数

2.有义务礼拜者

3.礼拜的场合

4.礼拜前的要求

5.礼拜的十八个基本组成部分

6.妇女礼拜有别于男子礼拜的四件事

7.导致礼拜无效的十一件事

8.礼拜中应注意的事项

9.关于礼拜中的漏拜

10.不准礼拜的五种场合

11.聚礼的义务和礼仪要求

12.旅途中的礼拜

13.在什么样的情况下需要礼拜；在什么样的情况下举行的礼拜是合法的。

14.礼拜时的要求

15.两大节日的礼拜和礼仪要求

16.日食时的礼拜

17.求雨礼拜

18.敌人在身边时的礼拜

19.禁穿的衣服

20.为死者祷告

## 书之三：关于济贫税率（天课）

1.天课的条件和应纳天课者；哪些财产需要征受天课。

2.关于骆驼

3.关于牛群

4.关于羊群

5.合伙者如何纳天课

6.关于金银

7.关于粮食

8.关于商品

9.封斋结束后完纳天课的条件和性质

10.天课的使用

## 书之四：关于斋戒

1.封斋的条件、有关规定和在什么情况下开斋

2.封斋的益处；什么时候和什么人禁止封斋；什么情况下开斋需要赎罪。

3.隐修的条件和性质

## 书之五：关于朝觐

1.朝觐的条件和基本要求

2.朝觐的十件禁事

3.朝觐的五种献祭

## 书之六：关于商业交易

1.物物交易的种类和条件；可交易之物和不可交易之物。

2.预付款交易的条件和有关规定

3.关于抵押

4.关于禁治产人

5.关于破产、债务和解和公路共有权

6.关于债务的转移和信贷的条件

7.关于债务的担保

8.关于债务的私人担保

9.关于合伙关系

10.关于代理

11.关于承认负债

12.关于贷款

13.关于财产的非法夺取和使用；造成损害的赔偿金。

14.关于先买权

15.预付资本分取利润的条件

16.关于椰枣树和葡萄树的出租

17.关于物品的出租

18.关于归还失物的赏金

19.不得以固定数额实物地租出租的土地

20.关于荒地的灌溉

21.关于用作宗教慈善基金的土地（瓦克夫）

22.关于赠与

23.关于拾得的财产

24.关于拾得的弃婴

25.关于寄存

## 书之七：关于继承和遗嘱

1.关于法定继承人

2.继承遗产的条件和份额

3.关于遗产

## 书之八：关于婚姻和有关事项

1.结婚的条件；一个男子可以看什么样的女子，达到什么程度。

2.合法婚姻的形式

3.求婚和聘嫁的条件；男子不可娶什么样的女子为妻；无效婚姻的条件。

4.丈夫给予妻子的聘礼（马赫尔）

5.关于婚礼

6.诸妻的平等权利和丈夫的权威

7.关于因夫妻不和而导致的离婚（胡尔）

8.休妻的形式（塔拉格）

9.关于与妻子和好和连说三次的休妻

10.不与妻子同居的誓言

11.按照“你背即我母背”公式采取的暂时分离（吉哈尔）

12.指控妻子私通的形式和抗辩（里安）
13.离婚妇女再婚前的“待婚期”（伊达）
14.与女奴的关系
15.离婚妇女或寡妇的赡养和举止；守丧。
16.通过哺乳建立亲属关系的有关规定
17.妻子应得的赡养金
18.孩子、父母、家奴应得的生活费
19.关于子女的监护

## 书之九：关于暴力伤害罪

1.关于谋杀、故意杀人和过失杀人
2.谋杀罪的同态复仇（基沙斯）
3.对造成人身伤害罪的刑罚
4.血金（迪亚）
5.谋杀案里的证据不足
6.杀人罪的个人忏悔

## 书之十：关于真主规定的固定刑（胡杜德）

1.关于已婚者或未婚者的私通
2.关于指控私通
3.关于饮酒或饮其他麻醉性的饮料
4.关于偷盗
5.关于拦路抢劫
6.关于自卫中的杀人
7.关于反叛合法的政府
8.关于叛教
9.关于背弃礼拜的定制

## 书之十一：关于圣战

1．关于圣战的一般规定

2．战利品的分配

3．关于向非信徒征税的规定

4．关于向非信徒征收人丁税的规定

## 书之十二：关于狩猎和宰杀动物

1．在狩猎或其他情况下应当怎样杀死动物

2．可食之肉

3．宰杀献祭仪式

4．为孩子宰杀献祭的仪式

## 书之十三：关于赛马和射箭

## 书之十四：关于盟誓

1．什么样的誓言是允许的和有约束力的；违者如何赎罪

2．合法的和非法的誓言

## 书之十五：关于审判和证据

1．关于法官（卡迪）和法庭惯例

2．共有财产的分割

3．关于证据和誓言

4．作为法定证人的条件

5．权利的区分：安拉之权利与人的权利及各自的法律地位

## 书之十六：关于释放奴隶

1．释放的基本条件

2．由此而产生的保护关系

3.关于临终前释放

4.关于自我赎身的奴隶

5.关于同奴隶主或他人生有孩子的女奴及其子女

资料来源：

麦克唐纳：《穆斯林的神学、法学和宪法理论的发展》，纽约，1973，附录。

# 附录 4

## 伊斯兰教法学术语

## 中外文对照表

| 中文 | 外文 | 释义 |
| --- | --- | --- |
| 阿吉拉 | Aqila | 在凶杀或伤害案件里为凶手集体承担赎罪血金的团体（如部落、同一连队的士兵等）的统称。 |
| 阿里叶 | Ariyya | 无偿借贷或转让一件财产的用益权。商法专用语。 |
| 阿沙巴 | Asaba | 父系男性亲属。伊斯兰教前阿拉伯部落习惯确认的继承人的统称。 |
| 比达阿 | Bid'a | 意为“创新”。专指违反公认的伊斯兰教传统的言行，逊奈的反义词，意即“标新立异”。 |
| 迪米人 | Dhimmi | 历史上按照战败时成立的契约接受伊斯兰国家保护的信奉异教的居民。尤指基督徒和犹太教徒。亦称“信奉天经的人”或“有经人”。国家对其信仰不加干预。 |
| 迪叶 | Diya | 因肉体伤害而支付予被害人一方的血金或赎罪金。其数额伊斯兰教法有明文规定。 |
| 法特瓦 | Fatwā | 权威教法学家或穆夫提发布的正式法 |

| | | |
|---|---|---|
| | | 律见解。其汇编为中世纪伊斯兰法院重要审判依据之一。 |
| 斐格海 | Fiqh | 意为“理解”、“参悟”。伊斯兰教法学的简称。有时亦指教法体系，即人定法，以区别于启示律法“沙里亚”。 |
| 福鲁阿 | Furu‘ | 意为“枝叶”、“分支”。伊斯兰教法各门类内容的统称，以区别于法理、法源“乌苏勒”。被视为自法理、法源而出。 |
| 哈底斯 | Hadith | 意为“传述”、“记述”。圣训的专称。先知穆罕默德生前言行及其默认的圣门弟子言行的汇集。涉及立法的内容亦称“先知的逊奈”，系伊斯兰教法的四大渊源之一。 |
| 哈卡姆 | Hakam | 伊斯兰教前阿拉伯部落习惯确认的仲裁人。后为教法官卡迪代替。 |
| 胡杜德 | Hudūd | 亦作Hadd（单数）。意为“限制”、“界限”、“规定”、“障碍”。泛指《古兰经》中有关律法的规定，即“真主的法度”、“真主的定制”。尤指伊斯兰教法规定的几种不容宽恕的“大罪”及其刑罚。亦称“固定刑”，以别于“酌定刑”。 |
| 伊达 | ’Idda | 待婚期。语出《古兰经》。指被休的妻子或寡妇再婚前的等待期限。一般为三次经期以后、三个月或四个月零十天。期限未尽，不得改嫁。期限内 |

夫妻亦可和好。

伊制玛尔　Ijma'　公议。指某一时代权威教法学家就教法问题形成的一致意见。被认为是不谬的，故有约束力。伊斯兰教法的四大渊源之一。

伊智提哈德　Ijtihād　创制。原意为“竭尽全力”。泛指教法学家运用推理、判断求得结论的思维过程。早期与意见判断同义，晚期与类比推理同义。近代亦称“独立判断”。伊斯兰教法的辅助渊源之一。

伊斯纳德　Isnād　一则圣训的传述线索或传述世系。圣训学主要据传述线索是否完整可信和传述人的品格是否高尚来考证圣训的真伪。

伊斯提哈桑　Istiḥsān　优选。一译“唯美”、“佳纳”。在释法、执法时，如无经、训、先例可循，则可不受类比限制，作出更近于公正的选择或决断。哈乃斐学派辅助教法渊源之一。

伊斯提斯哈伯　Istishāb　连续性。教法证据推断原则之一，即在取得相反的证据之前，不得推翻原来已知的事实或结论，并据此原则决定法律适用。首先由沙斐仪学派提出，后为其他教法学派沿用。

伊斯提斯拉赫　Istiṣlāh　公益。一译“福利”。教法官断案时，出于维护公共利益考虑，可不受类比的限制，而采取灵活变通的方法、原则，作出更近于公正的判决。

马立克学派辅助教法渊源之一。

| | | |
|---|---|---|
| 卡法阿 | Kafa'a | 婚姻对等原则，即“门当户对”。马立克教法学派确认的择偶标准。 |
| 胡尔 | Khul | 夫妻双方一致同意终止婚姻关系的形式之一。如系女方首先提出，需放弃或归还部分或全部聘礼，视为对男方的经济补偿。 |
| 里安 | Ii'an | 盟誓。丈夫指控妻子私通和妻子据以否认的誓言作证程序。夫妻离异的方式之一。 |
| 马德哈伯 | Madhab | 学派。尤指教法学派。逊尼派有哈乃斐、马立克、沙斐仪四个学派，统称四大教法学派。十叶派主要有阿赫巴尔和乌苏勒两个教法学派。 |
| 马赫尔 | Mahr | 聘礼。新郎婚前或婚后赠与新娘的礼物，以示关怀和尊重。分为明确的和不明确的聘礼。通常先支付一半，另一半待离异时支付。 |
| 穆夫提 | Muftī | 教职称谓。官方或半官方性质的教法说明官。有资格发表权威法律见解的伊斯兰学者的专称。学识、威望更高者，称“总穆夫提”或“伊斯兰长老”。现有些伊斯兰国家仍有此职称。 |
| 穆赫台斯布 | Muhtasib | 市场检查官。有权维护公共道德，处置集市上的不法行为。不便处理的问题交由卡迪审理。 |
| 穆智塔希德 | Mujtasid | 精通经、训、教法的伊斯兰学者的统 |

称。尤用以指称十叶派中的高级宗教学者。他们作为隐遁伊玛目的代理人，为一般信众的精神导师，有权对教法问题作出权威的结论，必须遵循。

穆塔阿　Mut'ah　给离异妻子的经济补偿，即“离仪”。亦指十叶派穆斯林男女据契约结成的一种有条件和时限的临时婚姻。

穆札巴纳　Muzābana　青果换干果交易。原为古代麦地那的商事习惯，后遭圣训派教法学家的谴责。早期伊斯兰教法文献中常提及，多有争议。

穆札里姆　Muzalim　意为“投诉”。原为波斯萨珊王朝国王专有的一种特别审判权。后为伊斯兰国家沿用，称为“听诉法院”，系与伊斯兰法院并存的司法机关。

纳斯赫　Naskh　意为“废止”、“停止”。经、训专用语。原指按安拉的“主命”，晚出的经文必要时可代替先前的经文，是为“停经”。后沙斐仪据此提出，晚出的圣训可代替先前的某则圣训，是为“停训”。

纳斯　Nass　原文，本文。尤指《古兰经》或圣训的明文规定。为类比推理的前提，伊斯兰教法主要的法源。

尼卡赫　Nikāh　穆斯林男女缔结婚姻的专称。逊尼派教法又分为有效婚姻、无效婚姻、不正常婚姻三个类别。十叶派教法只承

| | | |
|---|---|---|
| | | 认前两类。 |
| 卡德夫 | Qadhf | 刑法专用语。指以不实之词诬陷妇女不贞，通常处以鞭刑，并永远不再接受其举证。其有关规定源自《古兰经》。 |
| 基沙斯 | Qiṣas | 同态复仇。血亲复仇的对称。指以同样的方式进行正当的复仇，尤鼓励以赎罪血金代之。伊斯兰教刑法专用语。 |
| 格亚斯 | Qiyās | 类比推理。亦作类比判断，简称类比。以理性推导判例唯一合法的形式。以经、训、公议为前提，经过分析、归纳、比较引出结论。只有精通经、训、教法知识的专家学者有资格运用，其结论经公议核准而有拘束力，不容更易。 |
| 拉德 | Radd | 回归，归还。遗产处分的原则之一。亡人如未遗有第二顺序继承人中有权领取余产者，余额则转归还第一顺序的份额继承人中分配。伊斯兰教继承法专用语。 |
| 拉尔耶 | Ra'y | 意见。原指“稳妥的意见”、“深思熟虑的意见”，后被认为带有随意性。指经、训中无据可依时，则以教法学家的个人意见为准。伊斯兰教法辅助渊源之一。后被类比代替。遵循此原则者，后世学者称为“意见派”。尤以哈乃斐学派更为看重。 |
| 里巴 | Riba | 利息、重利、重复加倍的利。原意为 |

| | | |
|---|---|---|
| | | “增加”、“超越”。含义宽泛。泛指放债取利或变相的放债取利，包括在商品交易、物物交易中一切非法的收入。据《古兰经》而有“利息禁令”，尤为圣训派教法学家重视。近代后多有不同的解释，原教旨主义派别视为伊斯兰金融理论的基石，多有著述。伊斯兰教财产法、商法专用语。 |
| 沙里亚 | Shari‘ah | 原指“通向水源之路”，泛指“行为”、“道路”，引伸为必须遵循的“正道”、“常道”，为安拉戒命之总和。系伊斯兰教法的专称。指教法自安拉启示而出，故不同于世俗性律法。 |
| 逊奈 | Sunna | 意为“平坦的大道”。泛指“行为”、“道路”、“传统习惯”。主要有三种含义。伊斯兰教1世纪，指流行于各地的传统习惯；早期教法学派形成期（8至9世纪），指某一学派内部公认的学说、原则、规定；沙斐仪提出系统的法源理论后，指穆罕默德生前的言行，即“圣训”。亦称“先知的逊奈”。 |
| 希亚沙·沙里亚 | Siyāsa Shari‘yya | 意为“符合伊斯兰教法的政策、政治或国家政权”。王权与教权相妥协的产物。意即统治者在尊重教法精神的前提下，有权颁布行政立 |

法，以补充教法。14世纪罕百勒学派教法学家伊本·太米叶有专著论述。

选择法　Takhayyur　近现代教法改革中采取的方法之一。即在各种不同的教法学派或教法学家中加以广泛的选择，以修改法律实体，增强教法的活力。

拼凑法　Talfīq　近现代教法改革中采取的方法之一。即把不同的教法学派或教法学家的原则、主张综合为一项新的规范，而不考虑法理依据之异同。

代位制　Tanzil　代位继承原则。教法原不承认此原则。本世纪50年代初开始引进，确认孤孙子女有权以父母的身份代位继承祖父母的遗产。为埃及、巴基斯坦等国所采用。

塔格里德　Taqlīd　意为“遵循”、“仿效”。约自公元10世纪后形成的一种因袭传统观念。认为教法体系已经形成，后世学者无需“创制”，只需遵循教法传统。由此形成“创制大门关闭”之说。现代多予否认，主张重开“创制之门”，提倡“独立判断”，以增强教法的适应力。

太兹伊尔　Ta'zir　意为“制止”、“阻止”。转意为酌定刑。固定刑的对称。意指对适用固定刑以外的犯罪行为，可酌情予以惩罚。原则上应轻于固定刑，执行中不尽然。伊斯兰教刑法专用语。

| | | |
|---|---|---|
| 塔尔 | Tha'r | 血亲复仇。一译“血族复仇”。伊斯兰教前阿拉伯部落的复仇习俗。常导致部落间无休止的仇杀。后为同态复仇取代。 |
| 证人信誉 | Udul | 单数为Adala。伊斯兰教法对证人品行规定的标准。主要是虔信、诚实、公正，其证词对法院诉讼、判决有重要影响。法院备有证人资格的花名册，随时查阅。当事人如对证人品行提出质疑，可进行秘密调查，再行审理。 |
| 乌苏勒 | Usul | 意为“根源”、“原理”。常作Usul al-Fiqh的简称，即教法渊源。福鲁阿的对称。其专门学科即教法渊源学或“法理学”，主要探讨伊斯兰教法的理论原则或渊源，故名。 |
| 瓦克夫 | Waqf | 一译“卧各夫”。以奉献真主之命捐赠的土地、产业，称为“义地”、“义产”。其有关规定为伊斯兰教法的门类之一，称作“瓦克夫法”或“瓦克夫制度”。所赠财产为用益权的有条件转让，所有权被永久性冻结，不容变更。有两种形式：供清真寺等社会慈善事业利用的土地、产业，称作公益瓦克夫；以奉献主道名义为子女及其后裔留置的土地、产业，称作家庭瓦克夫或私人瓦克夫。 |
| 札卡特 | Zakat | 天课。原为伊斯兰教“五功”之一， |

为必须完纳的课税，用以弘扬伊斯兰教。后为伊斯兰国家以宗教名义向穆斯林臣民征收的税项之一。现仍为许多伊斯兰国家收入的主要来源之一。

吉纳　　Zina　　私通罪。伊斯兰教刑法规定的六大不赦之罪之一。需有四名见证人举证或本人招供才能定罪。处以石块击毙刑。

# 附 录 5

## 本书主要资料来源


1.戈德齐赫：伊斯兰教神学、律法导论。Iqnaz Goldziher, Introduction to Islamic Theology and Law, Princeton, 1981.

2.夏赫：伊斯兰教法导论。Jeseph Schacht, An Introduction to Islamic Law, Oxford, 1964.

3.夏赫：伊斯兰教法学的起源。Origin of Muhammadan Jurisprudence, Oxford, 1950.

4.库尔森：伊斯兰教法史。N.J.Coulson, A History of Islamic Law, Edinburgh, 1964.

5.麦克唐纳：穆斯林神学、法学与宪政理论的发展，D.B.Macktonald: Development of Muslim Theology, Jurisprudence and Constitutional Theory, London, 1903.

6.斐济：伊斯兰教法纲要。A.A.Fyzee, Outlines of Muhammadan Law, Oxford, 1964.

7.安德森：现代世界的伊斯兰教法。Anderson, J.N.D, Islamic Law in the Modern World, London, 1959.

8.安德森：穆斯林世界的法制改革。Anderson, J.N.D, Law Reform in the Muslim World, London, 1976.

9.皮尔：穆斯林法律课本。David Pearl, A Textbook on Muslim Law, London, 1979.

10.胡杜里：中东法律制度：第一卷，伊斯兰教法的起源与发展。

Law in the Middle East: Volume I, Origin and Development of Islamic Law, Edited by M. Khadduri and H. J. Liebesny, Washington, 1955.

11. 吉布：伊斯兰教的现代趋势。H. A. R. Gibb, Modern Trends in Islam, Cambridge, 1947.

12. 冯·格兰勃鲍姆：中世纪伊斯兰教。Von Grunebaum, Medieval Islam, Chicago, 1947.

13. 德蒙班：穆斯林制度。M. C. Demombynes, Muslim Insitution, London, 1950.

14. 兰伯顿：中世纪伊斯兰教里的国家与政府。A. K. S. Lambton, State and Government in Medieval Islam. Oxford, 1981.

15. 罗森塔尔：现代民族国家里的伊斯兰教。E. I. J. Rosenthal, Islam in the Modern National State, Cambridge, 1965.

16. 文辛克：穆斯林信条。A. J. Wensinck, Muslim Creed, New Dehli, 1979.

17. 瓦特：伊斯兰教政治思想。W. M. Watt, Islamic Political Thought, Edinburgh, 1968.

18. 沙斐仪：法源论纲英译本。Islamic Jurisprudence, Shafii's Risala, Translated by Majid Khadduri, Baltimore, 1961.

19. 希大亚教法英译本。The Hedaya, Translated by C. Hamilton, London, 1870.

20. 法鲁基：伊斯兰教法学。K. A. Faruki, Islamic Jurisprudence, Karachi, 1962.

21. 阿诺尔德：伊斯兰遗产。The Lagacy of Islam edited by Thomas Arnold and A. Guillaume, London, 1931.

22. 李维：伊斯兰教社会结构。R. Levy, The Social Structure of Islam, Cambridge, 1957.

23. 史努克选集Selected Works by Snouck Hurgronje, edited in

English and French by G.H.Bousquet and J.Schacht, Leiden, 1957.

24.阿齐兹·阿赫默德：伊斯兰教现代主义在印度和巴基斯坦。Aziz Ahmad, Islamic Modernism in India and Pakistam, 1857—1964, Oxford, 1967.

25.伊克巴尔：伊斯兰宗教思想之重建。M.Iqbal, Reconstruction of Religious Thought in Islam, London, 1934.

26.毛杜迪：伊斯兰教法与宪法。S.A.A.Maududi, Islamic Law and Constitution, Lahore, 1960.

27.史密斯：现代史中的伊斯兰教。W.C.Smith, Islam in Modern History, Princeton, 1955.

28.伊斯兰教百科全书。The Encyclopedia of Islam, Leiden, 1938.

29.伊斯兰教小百科全书。Shorter Encyclopedia of Islam Edized by H.A.R.Gibb and J.H.Kramers, Leiden, 1974.

# ○ 后　记

这本小书既非简史，亦非概论，而是史论结合，以介绍伊斯兰教法的基本知识为主要目的。限于水平，编著者不抱更高的奢望，只要能提供一些可资参考的资料，为促进这一领域的研究做一点有益的工作，也就感到欣慰了。

作者是抱着学习和探讨的态度编著此书的。书中不免有错误和不妥之处，欢迎专家学者和广大读者给予批评、指正。

本书的出版曾得到中国社会科学出版社的大力支持，特别是本书责任编辑黄燕生同志为此付出了大量的劳动，在此一并深表谢意。

吴云贵　1990年4月30日

[General Information]
书名=伊斯兰教法概略
作者=吴云贵
页数=335
SS号=10153074
出版日期=